

الوسيط في شرح القانون المكي

(١٠)

الجزء العاشر والأخير
في التأسيس للشخصية والعينية

ولر
أحمد الترابي العربي

مجلد - لبنان

الوسيط في شرح القانون الملحق

(١٠)

الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية

تأليف

عبد الزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم الاقتصادية والسياسية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

التأمينات الشخصية والتأمينات العينية

كلمة تمهيدية

١ — الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين : رأينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ٥٢٤) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ مدني تنص على أن « أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء بديونه » ، فأموال المدين إذن هي الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولكن الدائنين يكونون في هذا الضمان العام . من الناحية القانونية ، على قدم المساواة . فإذا اتسع لهم جميعاً أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة . أما إذا لم تنسج لهم أموال المدين . واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال ، فلأنهم يتقاسمون كل بنسبة حقه . فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق . وهذا . كما قدمنا ، إذا استطاع الجميع أن يتخذوا إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب . أما إذا تخلف بعضهم لسبب أو لآخر ، وتقدم الباقيون ، فهؤلاء الآخرون هم الذين يتقاسمون أموال المدين ، فيحصلون على كل حقوقهم أو على بعضها . ولا يبقى للمتخلف منهم مال يذكر ينفذ عليه بحقه . فيضيع عليه هذا الحق .

والدائن . بما له من ضمان عام على أموال المدين ، أن يتخذ طرقاً تحفظياً وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . والطرق التحفظية إما طرق يتخذها الدائن في حقه هو كما إذا قطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق أو قام بقيد رهن ضامن له أو طلب تحقيق إمضاء مدينة على سند الدين . أو طرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين كأن يضع الأختام عليها أو يحضر محضر جرد بها أو يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه . والطرق التنفيذية تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ويسبق التنفيذ حصول

الدائن على سند تنفيذي (titre exécutoire) كحكم أو ورقة رسمية ، ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج من ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة (distribution par contribution) ، كل دائن بنسبة حقه كما سبق القول^(١) . والطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ترد جميعها إلى المبدأ العام الذى تقدم ذكره ، وهو أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وقد عدد التقنين المدنى منها خمسة . الطريق الأول هو الدعوى غير المباشرة ، يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . والطريق الثانى هو الدعوى البولصية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف فى ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الثالث هو دعوى الصورية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف فى ماله تصرفاً صورياً ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه . والطريق الرابع هو الحق فى الحبس ، يحبس به الدائن مالا فى يده للمدين حتى يستوفى حقاً له مرتبطاً بهذا المال ، فهو أقوى من إجراء تحفظى لأن الدائن يتخذ تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وأضعف من إجراء تنفيذى لأن الدائن لا يستوفى منه بمجرد حبسه مال المدين بل يجب عليه التنفيذ على هذا المال . والطريق الخامس هو شهر إعسار المدين ، وإجراءات الإعسار هى أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهى أقوى من الإجراءات التحفظية إذ تغل يد المدين عن التصرف فى ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذى شهر إعساره^(٢) .

٢ — الضمان العام للدائنين لا يكفى : على أنه إذا كانت جميع أموال المدين

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٢٥ .

(٢) انظر فى كل هذا الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ .

ضماناً عاماً للدائن . وكان هذا منطقياً من الناحية القانونية ، فإنه لا يكفى من الناحية الفعلية . فقد رأينا أن أموال المدين قد لا تقضى ديونه ، فيضطر الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه . بل قد يضيع عليه حقه إذا تخلف لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين .

ثم إن المدين قد يتهاون في تقاضى حقوقه من مدينه ، إما إهمالاً أو غشاً ، لأن ما يستوفيه من هذه الحقوق ينفذ عليه دائئوه . وإذا كانت الدعوى غير المباشرة أعطاه القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الإهمال أو الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يجب على الدائن أن يستوفى شروطاً معينة لاستعمال هذه الدعوى ، وما ينتج من الدعوى بعد ذلك يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى . وقد لا يحصل هذا إلا على جزء من حقه . وقد يتصرف المدين غشاً فى ماله لإخراجه من ضمان دائئيه ، وإذا كانت الدعوى البولصية أعطاه القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الغش ، فهى سلاح غير كاف . إذ يشترط فيها توافر شروط كثيرة ، وما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذى باشر الدعوى البولصية . شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى باشر الدعوى غير المباشرة وكذلك قل عن دعوى الصورية ، فإن ما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ، ولا يستأثر به الدائن الذى باشر دعوى الصورية . وهكذا يستطيع المدين أن يتصرف فى أمواله غشاً ، أو يتصرف فيها تصرفاً صورياً ، وأن يهمل فى تقاضى حقوقه ، ويستطيع أن يزيد فى ديونه إضراراً بدائئيه ، ولا يعصم الدائنين من كل ذلك ما قرره القانون من أن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه . ولذلك كان الدائن العادى (créancier chirographaire)^(١) تحت رحمة مدينة ، لا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين ونزاهته ، وإلا يسره وملاءته^(٢) .

وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه ، يحسن به أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه (sûretés) ، فيأمن بها إعسار المدين ،

(١) ويسمى الدائن الذى يحمل سنداً عادياً لحقه (Chirographum, cedula) سنداً عادياً

(édulires ou ceduliero) .

(٢) چوسران ٢ فقرة ١٤٨٥ .

ويدرأ عنه بها غشه أو إهماله ، إذ أن هذه التأمينات الخاصة تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق .

٣ - التأمينات الخاصة - تأمينات شخصية وتأمينات عينية : والتأمينات

الخاصة نوعان : تأمينات شخصية (sûretés personnelles) وتأمينات عينية (sûretés réelles) . فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي ، فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر ، كلهم مسئولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب . وبذلك يكفل بحق الدائن ، لا ذمة واحدة هي ذمة المدين . بل أكثر من ذمة . فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه . وقد يرى في ذلك تأميناً كافياً لحقه . والتأمينات العينية تتلخص في تخصيص مال معين ، يكون عادة مملوكاً للمدين ، لتأمين حق الدائن . فيكون للدائن حق عيني على هذا المال ، هو حق تبعي (accessoire) . ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن . فالدائن يتقدم أولاً الدائنين العاديين (droit de préférence) ، بل والدائنين الأنزل في المرتبة . في استيفاء حقه من هذا التأمين الخاص ، بحيث إذا حجز على هذا المال الأخير وهو لا يزال ملكاً للمدين . تقدم بحقه على جميع الدائنين على الوجه السالف الذكر في استيفاء هذا الحق من الثمن الذي يباع به هذا التأمين ، وفي هذا ضمان كاف للدائن ما دام التأمين الخاص مملوكاً للمدين . فإذا انتقلت ملكية هذا التأمين الخاص من المدين إلى غيره كمشتري ، فإن الدائن يتبعه (droit de suite) في يد من انتقل إليه ، ويستطيع أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي منه حقه ، وفي هذا ضمان كاف للدائن إذا خرج التأمين الخاص من ملكية المدين . وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه . سواء بقي في ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية .

والتأمينات ، شخصية كانت أو عينية ، مصدرها في الغالب هو العقد . فالعقد هو المصدر الغالب في التأمينات الشخصية . وبخاصة عقد الكفالة إذ الكفالة لا تكون إلا بعقد . وكذلك هو مصدر أهم أنواع التأمينات العينية ، أي الرهن الرسمي والرهن الحيازي . والعقود التي تقرر التأمينات ، شخصية

كانت أو عينية . تسمى بعقود الضمان (*contrats de garantie*) . وقد يكون القانون مصدر التأمينات الخاصة . كما هو الأمر في التضامن وعدم التجزئة في بعض أحوالها وفي الدعوى المباشرة وفي حقوق الامتياز . وقد يكون مصدرها القضاء ، كما هو الأمر في حق الاختصاص .

والتأمينات كما رأينا توفر ضماناً كافياً للدائن . وهي في الوقت ذاته تضع تحت يد المدين أداة للثقة والائتمان (*instrument de crédit*) . إذ هي تمكنه من أن يقدم لدائنه ضماناً كافياً لحقه . فيستطيع أن يحصل عن هذا الطريق على ما يحتاج إليه من المال مادام قادراً على أن يقدم لدائنه الضمان الكافي . والائتمان (*crédit*) من أهم وسائل التعامل ، ولا بد منه في مجتمع متحضر . إذ لا بد من أن يتوافر عند الشخص الوسائل اللازمة لتحقيق قدرته على تقديم التأمينات الكافية لدائنه من عناصر يسر وملاءة . فيستطيع بذلك أن ينتفع بكل ما في حوزته من طاقات مالية . وأن يحصل على ما يقابل ذلك من المال . وهذا هو الائتمان الذي تتميز به المجتمعات المتحضرة . فلا بد في هذه المجتمعات من أن تنمو وسائل الائتمان وتقوى . ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضاً وبوجه خاص لفائدة المدين نفسه^(١) . وإذا لم توجد وسائل الائتمان والتأمينات الخاصة ، كان تفضيل دائن على آخر ، وكولا للصدف . أو لسرعة المبادرة من قبل الدائن ، أو لتواطؤ المدين مع بعض الدائنين دون الآخرين . أو لهذه الأسباب جميعاً ، أو لغيرها من الأسباب^(٢) .

٤ — مفومات التأمينات الخاصة : ويمكن أن نحسب من مقومات التأمينات الخاصة مقومات ثلاثة :

أولاً — التأمين الخاص ، شخصياً كان أو عينياً ، يكفل دائماً حقاً شخصياً . فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ، ويريد أن يطمئن لاستيفائه هذا الحق في ميعاد استحقاقه . فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص ، كفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات الخاصة . فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقاً شخصياً للدائن في ذمة المدين . ولم توجد التأمينات الخاصة إلا لكفالة

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٥٩ .

(٢) كولان وكابينال ٢ فقرة ١٣٨٧ .

الحقوق الشخصية الثابتة في ذمة المدينين للدائنين ، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إغسار المدين أو غشه أو إهماله أو غير ذلك مما سبق أن قدمناه .

وإذا كان التأمين شخصياً ، فإن التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل مثلاً أو في ذمة المدين المتضامن يضمن التزاماً شخصياً في ذمة المدين الأصلي . وكذلك لو كان التأمين الخاص تأميناً عينياً ، فبالرغم من أن التأمين العيني هو حق عيني ، إلا أن هذا الحق العيني يضمن حقاً شخصياً ، فيكون المتبوع حقاً شخصياً ويكون التابع حقاً عينياً^(١) .

ثانياً - والتأمين الخاص يضمن أى حق شخصي ، أياً كان مصدره ، وأياً كان محله .

فيجوز ضمان الحق الشخصي الذي يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإضرار بلا سبب أو القانون ، لا فرق بين مصدر ومصدر ، فكل هذه حقوق شخصية يجوز ضمانها بتأمينات خاصة . وعلى ذلك يجوز للملتزم بالعقد أن يقدم مثلاً كفيلًا بالتزامه أو يقدم رهناً ، وكذلك يجوز للملتزم بالعمل غير المشروع أن يقدم كفالة أو رهناً عن التزامه بالتعويض عن هذا العمل ، كما يجوز ذلك للملتزم بالإضرار بلا سبب أو للملتزم بالقانون .

ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي ، أياً كان محله . فقد يكون محل الحق الشخصي نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً مثلاً لضمان التزامه . فالمقاول يقدم رهناً أو كفالة لضمان التزامه بالعمل الذي تعهد بالقيام به ، ويقدم ذلك المتعهد بعدم المنافسة . ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عيني ، ويرجع أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود .

ثالثاً - والتأمين الخاص ، وهو يضمن حقاً شخصياً ، يكون تابعاً له غير مستقل عنه . فيسير معه أينما سار . ويتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه .

(١) ويقرر بعض الفقهاء (لأنظر محمد كامل مرسى في التأمينات الشخصية العينية الطبعة الثالثة ص ١٣) أنه يجوز أن يضمن التأمين الخاص حقاً عينياً ، كالكفالة أو الرهن الذي يقدمه المستفيع بمنقول لملك لرقبة ليضمن به رد هذا المنقول . ولكن يلاحظ أن المستفيع هنا إنما قدم كفالة أو رهناً لضمان شخصي ، هو الالتزام بالرد أو دفع تعويض عند عدم الرد (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠) .

وهذه التبعة من أهم مقومات التأمين الخاص ، وقد سورت في كثير من النصوص . ففى حوالة الحق مثلاً قررت المادة ٣٠٧ مدنى أن الحوالة تشمل الحق بضماناته ، كالكفالة والامتنان والرهن - وفى حوالة الدين قررت المادة ١/٣١٨ مدنى أنه يبقى للدين المحال به ضماناته ، على أن الكفيل شخصياً كان أو عينياً لا يلتزم بالضمان إلا إذا رضى الحوالة إذ لا يجبر الكفيل على كفالة شخص لا يرتضيه (م ٢/٣١٨ مدنى) . وفى الوفاء مع الحلول قررت المادة ٣٣٩ مدنى أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه . بما يكفل هذا الحق من تأمينات^(١) .

وكذلك الكفالة تتبع الالتزام المكفول ، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى) . والرهن لا يفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وانقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ١٠٤٢ مدنى) .

فالتأمين الخاص لا بد أن ينبع حقاً شخصياً لصاحبه . وإذا لم ينبع هذا الحق الشخصى لم يبق التأمين الخاص ، وإذا انقضى الحق الشخصى لآى سبب من أسباب الانقضاء انقضى معه التأمين الخاص . *accessorium sequitur principale* (٢)

٥ - فسماه لهذا الجزء المباشر : وينقسم هذا الجزء إلى قسمين :
القسم الأول فى التأمينات الشخصية ، والقسم الثانى وهو الأهم فى التأمينات العينية .

(١) وانظر فى تجديد الالتزام المراد ٣٥٦ - ٣٥٨ مدنى .

(٢) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠ . شمس الدين الوكيل فقرة ١٨ .

هذا هو الجزء العاشر ، والأخير ، من الوسيط ، وقد تناولت في هذه
الأجزاء العشرة موضوعات التقنين المدني وانبثقت فيها كآراء غين الطريقة
وزات التحليل .

وأحمد الله - سبحانه وتعالى على أنه مرّ في أملي ، وأعطاني من القوة
ما مكنتني من أنه أقوم بهذا العمل . وهو عمل طويل المدى بعيد الغاية ،
ولا تتقضى الصرامة في أنه أقول إنه افتضاني كثيراً من الجهد والشفقة .
ولئن كان لي أنه أفنار ، في الأعمال التي قمتُ بها ، مما بين أيدي ، فاني
أقدم إلى رجال القانون بالتقنين المدني الجريء والوسيط .

القسم الأول

التأمينات الشخصية

تمهيد

٦ - ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية : بدأت

التأمينات الشخصية . كالتضامن والكفالة ، في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية . وكان لذلك سببان :

(السبب الأول) أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً ، إذ كان سبقها تنظيم حق الملكية . ثم تشريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق ، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية . وهذا كله يفترض تقدماً في الحضارة . وتنوعاً في الحقوق . ولذلك تأخرت التأمينات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية ، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تنضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب . وكانت التأمينات الشخصية في روما هي الأولى في الظهور فعلاً . ولم تظهر التأمينات العينية وبخاصة حق الرهن إلا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني (١) .

(والسبب الثاني) أن التأمينات كان ظهورها يادى ذى بدء أمراً طبيعياً ، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأميناً عينياً . فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار . وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية . ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذى يخوز العقار ولا يملكه . أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية . ويساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة والتضامن فيما بين أفرادها . فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته . ثم من أفراد أسرته ، من يتضامن معه ويكفل الدين عنه ، فكان النظام الاجتماعى للقبيلة ثم للأسرة يهبط السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة (٢) .

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٦١ ص ٧٩٢ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٨٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩١٦

٧ - تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية :

التأمينات العينية ، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر . كان ظهورها سببه تفوقها على التأمينات الشخصية . فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى . وقد يكون كل من الذمتين معسراً فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن . أما في التأمينات العينية فإن مالا معيناً ، ويكون غالباً من أموال المدين . يخصص لوفاء حق الدائن ، ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع على النحو الذي بيناه . فإذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن . وفي أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يثق بحقه ، أصبح الدائن في مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم ، وفي مأمن من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع . فيكون الدائن . بفضل ماله من تأمين عيني . أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصي . بل يكون عادة في أمن تام ، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه في ميعاد استحقاقه (١) .

وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية . فضعف التضامن العائلي وهو التضامن الذي كان سبباً في ظهور المسئولية التضامنية والكفالة . ولم تعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة . وباختفاء عهد الإقطاع ، اختفت العلاقة فيما بين التابع والمتبوع . فلم يعد المتبوع يكفل التابع . ولم يكد المدين يجد كفيلاً له إلا لقاء أجر . وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف (٢) .

٨ - رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور في القانون التجاري :

على أن بعض عيوب الشهر في التأمينات العينية . وهي تقوم على عماد من

(١) نظر في هذا المعنى كولان وكايتان ٢ فقرة ١٣٨٦ ص ٨٨٨ . وقد ظهر تفوق التأمينات عينية على التأمينات الشخصية ظهوراً واضحاً ، حتى قورن ما بين النوعين من التأمينات وصربت أمثال في ذلك . فقول في القانون الروماني *Plus est cautionis re quam in persona* ، وقيل في القانون الفرنسي القديم *Mieux vaut gage en arche* وقال (cassre) *que pleige (cautem) en place* *Piaige plaide, gage rend, Loyel* . وقيل في القانون الروماني *Plus est cautionis re quam in persona* ، وقيل في القانون الفرنسي القديم *Mieux vaut gage en arche* .

(٢) بلابول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٩١٧ .

الشهر ، أرجعت إلى الظهور التأمينات الشخصية . من إلى أن التضامن ظهر مرة أخرى بين الزراع وبين صغار التجار . ومن هنا أخذت التأمينات الشخصية التبادلية تظهر فيما بينهم . وقد استبدل بالتضامن العائلي تضامن الطوائف من زراع وتجار (١).

هذا إلى أن التأمينات الشخصية رجعت إلى الظهور بوجه خاص في القانون التجارى . بفصل رقى نظام المصارف . فأصبح المصرف هو الذى يضمن عميله . لقاء عمولة يتقاضاها منه . وبضمن المصرف عميله بطرق مختلفة . منها أن يتقدم بنفسه مباشرة كفيلا (caution) لعميله . ومنها أن يقبل الكفيلة من عميله . وهذا الثبول (aval) يتضمن ضرباً من الكفالة . ومنها أن يقبل تحويل شيكات عليه (٢) .

كذلك رجعت الكفالة إلى الظهور فيما بين الشركات التجارية . فكثيراً ما تكفل الشركة الأصلية شركة أخرى متولدة عنها . أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها . وقد حل التضامن ما بين الشركات محل التضامن العائلي (٣) .

٩ - أنواع التأمينات الشخصية : ويجب أن يستبعد من التأمينات الشخصية ما يأتى :

أولاً - الحق فى الحبس . وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ . فان الدائن يحبس تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه ، فهو لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصفة ، بل هو أقرب إلى التأمينات العينية لأن الدائن يحبس فى يده مالا معيناً مملوكاً للمدين . على أنه ليس من التأمينات العينية ، فصاحب التأمين العيني يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عيني مقترن بحق التقدم وحق التبع . أما هنا فليس للدائن حق عيني على

(١) كولان وكايتال ٢ فقرة ١٣٨٧ .

(٢) انظر القانون المرقنى الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المواد ٢٥ - ٢٧ - وانظر

بلائيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٧ .

(٣) بلائيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٧ .

المال المحبوس وليس له عليه لا حق تقدم ولا حق تتبع^(١) . وقد قدمنا أن الحق في الحبس هو وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية ، إذ هو أقوى من الإجراءات التحفظية فهو يمهّد للتنفيذ ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ هو وحده لا يكفي للتنفيذ بل يجب اتخاذ إجراءات تنفيذ حتى يستوفي الدائن حقه^(٢) . وقد سبق بحث كل من الحق في الحبس^(٣) والدفع بعدم التنفيذ^(٤) .

ثانياً - والكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية . وإذا وجد كفيل هنا ، فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية ، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن ، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني (caution réelle) . فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة ، وهي في الواقع من الأمر تأمين عيني لا تأمين شخصي ، ولكنه يتميز بأن الذي يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة في التأمين العيني ، بل شخص آخر غير المدين يضمن المدين بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهناً في التزام المدين^(٥) . وسنبحث الكفالة العينية عند بحث الرهن ، لأنها في حقيقتها رهن .

ويبقى بعد الذي استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح . وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن . فالتأمينات الشخصية ليست إذن بحقوق عينية كما هو الأمر في التأمينات العينية ، بل هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين ، ولذلك سميت بالتأمينات الشخصية .

وضم ذمة إلى ذمة أخرى قد يكون على قدم المساواة ، فيستطيع الدائن أن يرجع أولاً على أي مدين مسئول دون تمييز بين مدين ومدين . ويتحقق ذلك في تضامن المدينين^(٦) ، وفي عدم تجزئة الدين^(٧) ، وفي الأناقة غير

(١) انظر في أن للدفع بعدم التنفيذ وكذلك الحق في الحبس لا يدخل في عداد التأمينات الشخصية ولا في عداد التأمينات العينية جوسران ٢ فقرة ١٤٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١ .

(٣) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٤) انظر الجزء الأول من الوسيط .

(٥) بودري وقال في الكفالة فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٦) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٧) انظر الجزء الثاني من الوسيط .

الكاملة^(١) . وفي الدعوى المباشرة^(٢) . وقد سبق بحث كل ذلك فلا نعود إلى بحثه . وهو على كل حال يند داخل في التأمينات الشخصية . وقد يكون ضم ذمة إلى ذمة أخرى عبارة عن ضم ذمة تابعة إلى ذمة متبوعة . ويكون ذلك إما بالترتيب أى أن الدائن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على المدين التابع ويتحقق ذلك في الكفالة العادية . أو في وقت واحد فيرجع الدائن على المدين الأصلي أو على المدين التابع أيهما يشاء ويتحقق ذلك في الكفالة مع تضامن الكفيل مع المدين . فلا يبقى إذن للبحث هنا ، في التأمينات الشخصية ، إلا الكفالة ، سواء كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو كان متضامناً معه . وعلى ذلك نقنصر في بحثنا في هذا القسم على الكفالة ، دون غيرها من التأمينات الشخصية .

١٠ - **فصل البحث في الكفالة :** ونجعل بحثنا في الكفالة في مقدمة وفصول ثلاثة :

المقدمة - في تعريف الكفالة وتطورها التاريخي وخصائصها ، وفي الالتزام بتقديم كفيل ، وفيما استحدثته التقنين المدني الجديد .

والفصل الأول - في أركان الكفالة .

والفصل الثاني - في آثار الكفالة .

والفصل الثالث - في انقضاء الكفالة .

(١) انظر الجزء الثالث من التوسيط .

(٢) انظر الجزء الثاني من التوسيط .

(*)

مقدمة

١١- التعريف بالكفالة - نص قانوني : تنص المادة ٧٧٢ مدني

على ما يأتي :

« الكفالة عقد يقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يني بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه » (١) .

(٥) مراجع في الكفالة : (Troplong) في الكفالة سنة ١٨٤٦ - بون (Pont) في المقود الصغيرة ٢ فقرة ١ - فقرة ١٥٠ - جوار في الكفالة - بودري وثال في عقود التبرع والوديعة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ - أوبري ورو وإسمان في المقود والمنولية الجزء السادس الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ - بيدان وفواران الجزء الثالث عشر في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه الجزء الحادي عشر الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان ودي لافوراندبير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ - جوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ - دي بلج في القانون المدني الباجيكي الجزء السادس سنة ١٩٤٣ أنيكلوبيدي دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ *cautionnement* .

محمد كامل مرسى في المقود المساهمة سنة ١٩٤٩ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ - محمود جمال الدين زكي دروس في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ - محمد علي إمام في التأمينات الشخصية والعينية - سليمان مرقس في عقد الكفالة سنة ١٩٥٩ - منصور مصطفى منصور في عقد الكفالة سنة ١٩٦٠ .

ملاحظة : الإشارة إلى هذه المراجع تكون باسم المؤلف فقط .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٤) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٠٤/٤٩٥ : الكفالة عقد به باتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الآخر لا يؤديه . وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين به .
ويقابل النص في انتقينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨١ (مطابق) .

ويؤخذ من هذا التعريف (١) أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة . بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين ، وتجوز أيضاً رغم معارضته (٢) . والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين ، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل ، فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة . وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود ، كما قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل . فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود . أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل (٣) .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يني الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل (٤) ، والالتزام

— التقنين المدني المراقى م ١٠٠٨ : الكفالة سر ذمة إل ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام .
(والتعريف مأخوذ من الفقه الإسلامى : ويتفق في مجموعه مع تعريف تقنين المدنى المصرى) .
قانون الموجهات والعقود السانى م ١٠٥٣ (موافق) .

(١) انظر في صدد تعريف الكفالة ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في جموع الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ - ص ٤٢٣ . هذا والتكفيل لا يلتزم التزاماً مطلقاً على شرط واقف هو عدم وفاء المدين الأصلي بالدائن ، كما قد يفهم خطأ من التعريف . بل الكفيل يلتزم التزاماً مجزاً هو وفاء للدائن الأصلي ، ولكن له إذا رجع الدائن عليه قبل أن يرجع على المدين أن يطلب من الدائن تجريد المدين إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد ، وسيأتى بيانها (محمد كامل موسى فقرة ٦ ص ١٥ - ص ١٦ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥ ص ٣٢ - محمود جمال الدين زكى فقرة ١٣ ص ٣٤ - مد على إمام فقرة ١٠ ص ٢٠ - سليمان مرقص فقرة ٤ ص ٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤ ص ٨)

(٢) انظر م ٧٧٥ مدنى - وانظر ما يلى فقرة ٢٨ .

(٣) انظر ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد في لجنة الأستاذ كامل صدق وهى اللجنة التى أعدت مشروع الكفالة : جموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ في الهامش .

(٤) ومن هنا كانت الكفالة الشخصية هى ضم ذمة الكفيل إل ذمة الأصل ، فيصبح —

الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي كما سرى في خصائص الكفالة .
 أما أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل ، فذلك ظاهر من أن
 الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية كما سبق القول . وعلى ذلك يجب أن
 يستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضماناً
 لدين وتسمى هي أيضاً بالكفالة (*cautionnement*) ، فهذه إنما هي تأمين
 عيني (*sûreté réelle*) . وهي رهن حيازة يضمن في العادة دين تعويض
 عن خطأ قد يرتكبه المدين في أثناء عمله ، كما لو كان المدين صرافاً عاماً
 أو مقاولاً ، وتسرى على هذا التأمين أحكام الرهن الحيازي^(١) . كذلك
 يستبعد من نطاق الكفالة ، وهي تأمين شخصي كما قدمنا ، الكفالة العينية .
 فالكفيل العيني (*caution réelle*) يقدم شيئاً مملوكاً له ، عقاراً كان أو
 منقولاً ، رهناً لوفاء دين الغير . والرهن هنا إما أن يكون رهناً حيازياً إذا
 وقع على عقار أو منقول ، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار . وفي جميع
 الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين ، بل الذي
 يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه ، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين
 شخصي ، ومن أجل هذا نستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية .
 ولا يكون الكفيل العيني مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون ، بل الذي
 يضمن الدين هي العين التي قدمها رهناً ، سواء كان الرهن رهناً رسمياً أو رهناً
 حيازياً . فإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العيني انتقلت إلى
 هذا الغير مرهونة في الدين ، ولا يكون الكفيل العيني مسئولاً شخصياً عن
 الدين كما قدمنا . وإذا تخلى الكفيل العيني عن العين المرهونة للدائن ، أو فقد
 حيازتها بأي سبب . فإن كفالته العينية للدين تنتهي ، لأنه غير ملتزم إلا التزاماً
 عينياً (*propter rem*) . وهذا بخلاف الكفيل الشخصي ، فإنه يكون ملتزماً
 شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين . وينتقل هذا الالتزام الشخصي في

للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد ، ولا بد أن يكون كل من هذين المدينين معسراً تاماً حتى يضيع على الدائن حقه (بودري وقال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١) .

(١) بودري وقال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨٢ - وانظر أيضاً بون ٢ فقرة ٣ - جيوار فقرة

٣٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٠٩ - جوسران ٢ فقرة ١٤٧٧ - بلانيول وريبير

وبولانجييه ٢ فقرة ١٩١٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٨٩ .

تركته إلى ورثته ، ويكون مسئولاً في جميع أمواله لا في مال معين بالذات . ولكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل الشخصي ، ولا يتركز الدين في عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التبع كما تركز الكفالة العينية^(١) .

وأما أن التزام الكفيل الشخصي تابع للالتزام المكفول الأصلي ، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلاً شخصياً ولا العقد الذي التزم به بعقد كفالة . وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفالة ما يأتي^(٢) : (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة ، فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه . (٢) القابل للكميالة وموقعوها . وكلهم ملتزمون التزاماً أصلياً بدفع قيمة الكميالة ، ولذلك لا يعتبرون كفلاء .^(٣) (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين ، ولذلك لا يعتبر كفيلاً لهم^(٤) . وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي ، فإنه يلتزم التزاماً تابعاً للالتزام المدين الأصلي ولذلك يكون كفيلاً له ، وسبأني للكلام في الكفيل المتضامن . (٤) الوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل . (convention du croire) يلتزم التزاماً أصلياً ، ولذلك لا يعتبر كفيلاً للعمل^(٥) . (٥) عقد تأمين يسار المدين (assurance credit) لا يعتبر عقد كفالة ، فإن المؤمن لا يضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن

(١) بودري وقال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ١٣ .

(٤) بودري وقال فقرة ٩١٨ ص ٤٨٥ .

(٥) بودري وقال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣

ص ٩٦٨ - وانظر في إعادة التأمين وفي أن معيد التأمين يعتبر كفيلاً بودري وقال فقرة

٩١٦ ص ٤٨٥ ، وانظر عكس ذلك وأنه لا يعتبر كفيلاً بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة

١٥١٣ ص ٩٦٨ .

الضرر الذي يلحقه من جراء إفسار المدين . (٦) عقد التعهد عن الغير (promesse pour autrui, contrat de porte-fort) لا يعتبر عقد كفالة ، إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم^(١) . فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم ، فقد قام المتعهد بالتزامه ، ولا يكفل بعد ذلك إفسار الغير^(٢) ، ولذلك لا يعد كفيلاً له^(٣) .

١٢ - التطور التاريخي للكفالة : لم تكن الكفالة تتميز ، في أول عهود القانون الروماني ، عن التضامن في المديونية . فقد بدأ الكفيل يكون مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد (sponsio) يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن . فلم تكن الكفالة عند ذلك تتميز عن التضامن ، بل كانت هي والتضامن شيئاً واحداً ، وكان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلي .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً في القانون الروماني ، وعرف هذا القانون أنواعاً ثلاثة من الكفالة : sponsio, fidepromissio, fidejussio . فكان من يلتزم في هذه الأنواع الثلاثة كفيلاً للمدين ، ولكنه في النوعين

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ - ويجوز ان تعهد من الغير في تنفيذ التزام طبيعي أو في التزام قابل للإبطال ليس من النظام العام (أوبري ورو فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ هامش ٦) .

(٢) ومع ذلك قد يقرن المتعهد عن الغير تعهده بكفالة الغير في تنفيذ التزامه عندما يقبل هذا أن يلتزم : بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩٢٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩ ص ٤١ .

(٣) بودري وقال فقرة ٩١٧ - وعلى العكس من ذلك ، يعتبر وكيل النقل بالعمولة (commissioinaire de transport) كفيلاً لأمين النقل ، والضامن الاحتياطي للكيبالية (aval) يعتبر كذلك كفيلاً ، ويعتبر المشتري للبضائع كفيلاً للبائع فيما يطلبه المشتري من المصرف لفتح حساب لوائمه (crédit confirmé) ، لأن كلا من هؤلاء يلتزم التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٤) .

وقاضى الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان الالتزام التزاماً أصلياً فلا يعتبر الملتزم كفيلاً ، أو التزاماً تابعاً فيعتبر كفيلاً (نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ١٨٩٣ ١ - ١١٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٥) .

الأولين كان يلتزم التزاماً أصلياً مستقلاً عن التزام المدين ، وفي النوع الثالث يلتزم التزاماً تابعاً ولكنه يبقى متضامناً مع المدين^(١) .

ثم عرف القانون البريطوري نوعاً جديداً لكفالة الغير هو (pacte de constitutum debiti alieni) constituant) يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين في ذمة الغير . فإذا كان الدين المترتب في ذمة الغير ديناً موجوداً ، وكانت نية الكفيل هي أن يكفل وفاء هذا الدين ، فقد كانت هذه هي الكفالة ، نشأت في القانون الروماني على هذا الوجه .

وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم . إذ اختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية . وبقيت الحال كذلك حتى بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن ، وأصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير^(٢) .

(١) مونييه ٢ فقرة ٢٢٣ وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩١٦ - كذلك كان الكفيل في الفقه الإسلامي متضامناً مع المدين الأصل ، ولقدائن أن يرجع كل أيهما شاء . وقد نصت المادة ٦٤٤ من المجلة على أن « الطالب غير في المطالبة ، إن شاء طالب الأصل وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وبطالبتها معاً » . انظر في أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن النسبي في الفقه الإسلامي ، وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد في هذا الفقه فلقدائن أن يطالب بالمدين أياً شاء المدين الأصل أو الكفيل فتشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ، أما تاريخ الكفالة في الفقه الغربي فهو على العكس من ذلك إذ التضامن هو الذي وجد أولاً وكان أساساً لكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجريد : الوسيط ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٣٥ هامش ١ .

وقد منعت الزوجة من كفالة زوجها في القانون الروماني (sénatusconsulta Velléien) ، وبقي عدم أهلية الزوجة لكفالة زوجها يلعب دوراً كبيراً في القانون الفرنسي القديم ، في بلاد القانون المكتوب بل وفي بلاد العرف ، حتى ألغى في سنة ١٦٠٦ ، وبقي ملغى منذ ذلك الوقت (كولان وكايتان ٢ فقرة ١٣٩٠)

(٢) ه ريو في المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٢ ص ٢٢٣ وما بعدها - جيراردان في المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٤ ص ٢٢٩ وما بعدها - فورنييه في المجلة الانتقادية ١٥ سنة ١٨٨٦ ص ٦٩٧ فقرة ٥ وص ٧٠٠ فقرة ٨ - بودان في المجلة الانتقادية ١٢ سنة ١٨٦٦ ص ٢١١ - وانظر بودر وقال فقرة ٩١٠ - فقرة ٩١١ .

١٣ - فصائل عقد الكفالة : أهم خصائص عقد الكفالة ما يأتي

١ - عقد الكفالة عقد رضائي . ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن . فلا حاجة في انعقاده إلى شكل خاص . وإذا كانت المادة ٧٧٣ مدني تنص على أنه « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة » : فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات كما سيأتي . فهي ليست ضرورية لانعقاد الكفالة ، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضي كما قدمنا . وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . ولو كانت الكفالة عقداً شكلياً لا تنعقد إلا بالكتابة ، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة . ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلاً .

٢ - وعقد الكفالة عقد ملزم لحانب واحد : هو جانب الكفيل . فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين لأصلي ، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل^(١) . وهذا هو الأصل . ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالة للمدين ، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر . ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة ملزماً للجانبين . وإذا كان المدين هو الذي يلتزم بدفع مقابل للكفيل كما يقع أحياناً ، وبخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذي يقدم كتاب ضمان للمدين فيكون كفيلاً له ويتقاضى أجراً على كفالة . فإن الكفالة نبى مع ذلك عقداً ملزماً

(١) وينصب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الكفالة أصبحت ، في التقنين المدني الجديد عقداً ملزماً للجانبين ، ويستدل على ذلك بأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات مطالبة المدين بالدين في الوقت المناسب . ولا نرى أن هذا التزام ترتب في ذمة الدائن من شأنه أن يجعل الكفالة ملزمة للجانبين ، وإلا لوجب القول أيضاً بأن هناك التزاماً في جانب الدائن بالمحافظة على التأمينات (م ٧٨٤ مدني) وبالتقدم في تغطية المدين (م ٧٨٦ مدني) . وإنما هذه شروط وضعها التقنين المدني وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملاً من الكفيل ، ومعنى ذلك أن الكفالة تلزم بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، ولكن بشرط أن يتخذ الدائن الاحتياطات اللازمة حتى لا يضيق على الكفيل حقه في الرجوع على المدين ؛ ومن هذه الاحتياطات اتخاذ إجراءات مطالبة المدين في الوقت المناسب ، والمحافظة على التأمينات ، والتقدم في تغطية المدين .

لحائب واحد لأن المدين ليس بطرف في الكفالة ، بل طرفا الكفالة هما الكفيل والدائن ، والكفيل وحده دون الدائن هو الملزم . ولكن ذلك يجعل الكفيل مأجوراً والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع . لأن الكفيل متى أخذ أجراً ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجوراً .

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لحائب واحد . فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد . بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن . ولا يتم بإرادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن . فإذا أوجب الكفيل الكفالة . وكان الإيجاب غير ملزم . كان للكفيل أن يرجع في إيجابه قبل صدور القبول من الدائن (١) .

٣ - والكفالة في العادة عقد تبرعى بالنسبة إلى الكفيل . فالكفيل يتبرع عادة بكفائه للمدين (٢) . أما بالنسبة إلى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة ، لأن الدائن حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين (٣) . وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفاً في عقد الكفالة . فإنه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطى لأحد المتعاقدين ، بل يكفي إعطاؤه للغير وهو هنا المدين . والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر . كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر (٤) . وعقد الكفالة

(١) بودر وقال فقرة ٩١٣ .

(٢) بودرى وقال فقرة ٩١٥ - وتنص المادة ١٠٦٧ من قانون الموجبات والعقود الجنائي على أن « الكفالة مجانية بطبيعتها ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يشترط الكفيل أجراً على كفاله يقابل ما يتعرض له من أخطار بسبب الكفالة ، وذلك كالمصرف يتقاضى من المدين عمولة حتى يكفله ، ويختلف هذا عن التأين الذي يتقدم به المؤمن للدائن (del credere) ، يؤمن به يار المدين ، فإن المؤمن لا يكفل المدين هنا ولكنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتأين عليه (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٥٨ - وهناك رأي يذهب إلى أن الدائن لم يحصل من الكفيل على شيء ، غير استيثاقه من الوفاء بما هو مستحق له . ولكن هذا الرأي يفضل ما حصل عليه الدائن دون مقابل من الكفيل ، إذ أنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين لوفاء بالمدين .

(٤) الوسيط ١ فقرة ٥٨ .

عمر المثل على ذلك . فهو عادة عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل ، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أى للدائن . بل تبرع للغير وهو المدين . وهو عقد معاوضة بالنسبة إلى الدائن ، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر وهو الكفيل ، بل أعطاه للغير وهو المدين .

هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه ، فيأخذ هذا مقابلاً لكفالاته الدين^(١) . وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذاً من المتعاقد الآخر وهو الدائن^(٢) . أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير وهو المدين .

ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة إلى الكفيل ، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابلاً لكفالاته الدين لا من الدائن ولا من المدين . وعلى ذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع . كما يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين .

٤ - والكفالة عقد تابع . إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي^(٣) . أما إذا التزم المسؤول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، فإنه لا يكون كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام

(١) أوبرى ورو ٦ فترة ٢٣ : ص ٢١٨ - بودرى وقال فترة ٩١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥١٢ ص ٩٦٧ - نقض فرنسي ٢ مايو سنة ١٩٠٦ صبريه ١٩٠٨ - ١ - ٢٨٦ .

(٢) ولكن الدائن هنا إنما يحصل على تأمين (assurance) من الكفيل بأن المدين حوسر ، فإذا أسير المدين دفع الكفيل تعويضاً للدائن عن هذا الإضرار فلا يكون العقد عند كفالة بل عقد تأمين (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥١٣ - ٢ - بيدان وفواران ١٣ فترة ٨٢ - جرسران ٢ فترة ١٤٨٠ ص ٨٠٤ - أنسيكلويدى دالموز ١ لفظ (cautionnement) فترة ١٣ - محمد كامل مرسى فترة ١٠١ ص ٢١ - سليمان مرقس فترة ٥ ص ٧ - وقارن منصور مصطفى منصور فترة ٧ ص ١٥ .

(٣) استئناف وصلى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٤٢ - بيدان وفواران ١٣ فترة ٨٤ وما بعدها .

المدين^(١) . ويتشوع عن أن التزام الكفيل التزام تابع لا لزام المدين الأصلي^(٢) ، أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الآخر ، أو أن يكون أشد عبثاً . أو أن يبقى قائماً بعده . كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل^(٣) ، ولا منتجاً لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد ما^(٤) . ويتبع التزام المدين

(١) انظر آتياً فترة ١١ - ولذلك لا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية ، بل إن الكفيل بالنفس يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين . ويرتب التانون ، على عدم إحضار الكفيل بالنفس المدين يوم حلول أجل الدين ، إلزامه بالمدين . وتنص المادة ٥٠٨ / ٦٢٠ - ٦٢١ من التقنين المدني السابق في هذا المعنى على ما يأتي : « من تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره في الميعاد ، كان ملزماً بالمدين . وإذا حضر المدين المذكور ، برئ كفيله » . وهذا النص مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقد نصت المادة ٦٥١ من المحلة على ما يأتي : لو كفل أحد بنفس شخص هل أن يحضره في الوقت الفلاني ، وإن لم يحضره في الوقت المذكور ف عليه أداء دية ، فإذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين . وإذا توفى الكفيل ، فإن سلمت الورثة المكفول به إلى الوقت أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من قربة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبه وارثه . ولو أحصر الكفيل المكفول به في ذلك الوقت واخفى المكفول له أو تنيب ، راجع الكفيل الحاكم هل أن ينصب وكيله عوضاً عنه ويستلمه » . وانظر في الكفيل بالنفس المراد ١٠١٧ - ١٠١٩ من التقنين المدني العراقي - وانظر في كفالة حضور المدين المواد ١٠٩٨ - ١١٠٥ من قانون الموجبات والسقوط المدني .

(٢) حتى لو كان الكفيل متصافاً مع المدين ، فإنه يبقى مع ذلك كفيل (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٧١) .

(٣) وقد ورد في التقنين المدني العراقي في هذا الصدد المادتان الآتيتان : م ١٠١٣ : ١ - إذا كان الدين مؤجلاً على الأصل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ - وإذا أجل الدائن الدين على الأصل ، تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل . وإن أجله حل الكفيل الأول تأجل على الكفيل الثاني ، ولا يتأجل على الأصل . م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالمدين الحال كفالة مؤجلة ، تأجيل حل الكفيل والأصل ، إلا إذا أصاب الكفيل التأجيل إلى نفسه أو اشتراط الدائن وقت الكفالة التأجيل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل حل الأصل .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ - بودري وقت فقرة ٦٩٤ - بلانويول وريبير ومافانييه فقرة ١٥١٠ - وإذا كان التزام الكفيل أزيد أو أشد عبثاً من التزام المدين الأصلي لم يكن باطلاً لذلك ، بل يجب إنقاصه حتى يكن معادلاً لالتزام المدين الأصلي ، فلا يكون أزيد منه ولا أشد عبثاً (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩) . ومطالبة المدين

الأصل في صحته وفي بطلانه . وفي قابليته للنسخ . وفي الدفع التي يدفع بها الدين - ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبثاً من التزام المدين الأصلي . فيكفل مثلاً جزءاً من الدين . وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي . أو بسبب خطئه^(١) .

١٤ - التزام بتقديم كفيل - نص قانوني : تنص المادة ٧٧٤ مدني على ما يأتي :

« إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً^(٢) » .

الاصل بالفوائد تجعلها تسرى ضد الكفيل ، ولكن مطالبة الكفيل بالفوائد لا يجعلها تسرى ضد المدين الأصلي (بودري وقال فقرة ١٠٠٩ من ٥٤٠ وفقرة ١٠١٠) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥١٠ ص ٩٦٦ - ولا شيء يمنع من أن يكون لالتزام الكفيل أجل فاسح خاص أطول من أجل الالتزام الأصلي (أوبري وردو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٦٩ وهامش ٤ (٢) - ويمكن أن يثبت الدين ضد المدين الأصلي حتى يكون ثابتاً ضد الكفيل في تنفيذ الكفيل إذن من كل تسوية تنقص الدين الأصلي ، ويضار من كل تسوية ضد المدين (نقض فرنسي ٦ بوليه سنة ١٩١٩ دالور ١٩٢٣ - ١ - ١١٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١ ص ٩٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً مقيماً في مصر ولديه من الأموال ما يمكن للوفاء بالالتزام » ، وفي المادة ١١٤١ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويقدر يسار الكفيل بما يملك من مال ، إلا في المواد التجارية وفي الديون البسيرة » ، وفي المادة ١١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من التزم بتقديم تأمين بصفة عامة ، جاز له بحسب اختياره أن يقدم كفيلاً أو رهن حيازة أو تأمين آخر » . وفي لجنة المراجعة أُرِجحت أحكام المواد الثلاث في مادة واحدة بالنص الآتى : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً مقيماً في مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً » ، وأصبح رقم النص ٨٤٣ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت عبارة « مقيماً في مصر » وأرجع هذا الحذف إلى أن اشتباك العلاقات التجارية الدولية يصحح منه ألا يكون الكفيل مقيماً في مصر ، ولكن قد تكون له أموال فيها يجوز التنفيذ عليها ، ووافق المجلس على النص بعد هذا الحذف ، تحت رقم ٨٤٢ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، تحت رقم ٧٧٤ مدني . ثم عادت اللجنة وأخذت باقتراح بعض مستشاري محكمة النقض من اشتراط أن يكون الكفيل مقيماً في مصر كما ورد في مشروع الحكومة ، لأن ذلك أكثر رعاية لمصلحة الدائن . ووفق مجلس الشيوخ على النص كما عدلت لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ - ص ٤٤٠) .

ونخلص من هذا النص أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل ، فعليه أن يقدم كفيلًا توافرت فيه شروط معينة . ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق .

فيكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بحكم القانون في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . ومن الأحوال التي نص فيها القانون على وجوب أن يقدم المدين كفيلًا ما نصت عليه المادة ١٩٩٢ مدني من أنه « إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده . ولزم المنتفع تقديم كفالة به » . كذلك يجب على صاحب حق الاستعمال في المنقول أن يجرد هذا المنقول . وأن يقدم كفالة (م ٩٩٨ مدني) . ونصت المادة ٢/٢٧٣ مدني أنه « إذا سقط حق المدين في الأصل ... أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو تمتنضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لادخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل بسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كاملاً » . ونصت المادة ١/٢٧٤ مدني على أنه « إذا كان الالتزام مقترناً بأجل وقف . فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينتقض فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن . حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص

— ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٠١/٦١١ : يجب إيفاء التمهيد بإعطاء الكفيل على حسب الأوجه المبينة في قانون المرافعات .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجهات والمقود الثاني م ١٠٦٨ : إذا أصبح الكفيل الذي قبله الدائن بمقتضى

العقد غير ملزم ، وجب أن يقدم له كفيل آخر أو أن يعطى تأمينا آخر معادلاً لكفالة — وإلا حق للدائن أن يطالب بإيفاء دينه حالاً أو أن يفسخ عقد الذي عقده على هذا الشرط . أما إذا أصبحت ملازمة الكفيل غير كافية . فيجب تقديم كفالة أو تأمين إضافي — ولا تسري هذه الأحكام : (أولاً) إذا كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المدين أو بالرغم عنه . (ثانياً) إذا كانت الكفالة قد أعطيت بمقتضى اتفاق عين فيه من شخص الكفيل .

أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول ». ونصت المادة ٤٥٧/٢ و ٣ مدني على ما يأتي : « ٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع » . ونصت المادة ٤٦٧ مرافعات على أن « النفاذ المعجل واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ، وذلك بشرط تقديم كفالة^(١) » .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي في أحوال معينة نص عليها القانون . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦٩ مرافعات من أنه « يجب الأمر بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للاستئناف أو الطعن فيه بهذه الطريقة ، مع الكفالة أو بدونها ، في الأحوال الآتية : (١) إخراج المستأجر الذي انتهى عقده أو فسخ . (٢) إخراج شاغل العقار الذي لا سند له إذا كان ملك المدعى أو حقه غير محدود أو ثابتاً بسند رسمي . (٣) إجراء الإصلاحات العاجلة . (٤) تقدير نفقة وقتية أو نفقة واجبة . (٥) أداء أجور الخدم أو الصناع أو العمال أو مرتبات المستخدمين . ويجوز في هذه الأحوال أن تأمر المحكمة بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها ، رغم قابلية الحكم للمعارضة أو الطعن فيه بهذه الطريقة » . وغنى عن البيان أنه إذا حكم القاضي بتقديم كفالة ، كان مصدر هذا الالتزام هو حكم القاضي ، لأن هذا الأخير كان يستطيع ألا يحكم بكفالة . وقضت المادة ٤٧٠ مرافعات على أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل ، بكفالة أو بدونها ، سواء أكان الحكم قابلاً للمعارضة أم للاستئناف أم طعن فيه بهاتين الطريقتين ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنياً على سند عرفي لم يجعده المحكوم عليه . (٢) إذا كان الحكم صادراً في

(١) انظر أيضاً المواد ٥٨٨ و ٦٠٥ و ٦٠٨ و ٨٩٥ و ١٠١٠ مدني ، والمادتين ٥٩٥ و ٦٦٩

دعاوى الحيازة . (٣) إذا كان الحكم صادراً لمصلحة طالب التنفيذ في منازعة متعلقة به «(١) . وما قيل في المادة السابقة يقال هنا «(٢) .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل إذا اتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلًا بالدين ، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق «(٣) .

وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق . فإن المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذي عليه للدائن . ويشترط القانون في الكفيل شرطين ، نصت عليهما المادة ٧٧٤ مدني سائلة الذكر إذ تقول : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر ... » «(٤) . فالشرطان هما :

١ - يسار الكفيل : يجب أن يكون الكفيل موسراً ، أي قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله إذا اقتضت الحالة ذلك . والمدين الذي قدم الكفيل هو الذي يحمل عبء إثبات يساره «(٥) ، فيثبت أن الكفيل مالا وأو شائعاً ، عقاراً أو منقولاً أو كليهما ، يستطيع أن يستوفي منه الدائن حقه . وللدائن أن يثبت «(٦) أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر ، فيستبعد من مال الكفيل

(١) وينلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ قد أبقى المداخلة كطريق من الأحكام . ثم صدر أخيراً نقيض مرافعات جديد في الوقت الذي انتهى فيه من كتابة هذه المداخلة ، فيبحث في هذا النقيض ما يقابل الأحكام التي أوردناها .

(٢) انظر آتقاً ٢/٨٢٩ مدني وم ٢/١٠٠ مدني .

(٣) ولا يصح الالتزام بتقديم كفيل التزاماً قضائياً لحد أن حكم بتقديم كفيل كان المدين ملزماً بتقديمه التزاماً اتفاقياً أو التزاماً قانونياً (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢١ ص ٩٧٣ مائش ٨) .

(٤) وفي الكفيل الاتفاق ، أي الذي يكون مصدر الالتزام بتقديمه هو الاتفاق ، يجوز للطرفين أن يزيدا في هذين الشرطين أو أن ينتصا منهما ، بحسب ما يتم بينهما من اتفاق .

(٥) بودري وقال فقرة ٩٨٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٤ .

(٦) ويقع هنا عبء الإثبات على الدائن (بودري وقال فقرة ٩٨٠ - أسيكلوبيدي دافوز ١ لفظ cautionnement فقرة ٨٤) . والنزاع في يسار الكفيل وأن عبء مالا كعب مد خصم ما يشغل هذا المال من حقوق عينية نزاع يدور بين المدين والدائن ، ولا شأن لتكفيل نفسه به ، بل ليس للكفيل أن يتدخل في هذا النزاع (بودري وقال فقرة ٩٨١) .

الذى يضمن المدين^(١) . كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عيني آخر كحق انتفاع ، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك^(٢) . والتقنين المدني الفرنسي (م ٢٠١٩) يشترط أن يكون مال الكفيل الذى ثبت يساره عقاراً لا منقولاً ، ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زهيد (modique) فيصح أن يكون مال الكفيل منقولاً^(٣) . ولم يشترط التقنين المدني المصرى هذا الشرط ، وخيراً فعل . فيصح أن يكون مال الكفيل منقولاً ، كأن يكون أسهماً أو سندات أو قيمياً منقولة أخرى أو منقولاً ذا قيمة كجواهرات أو حلى أو غير ذلك .

٢ - إقامة الكفيل فى مصر : والشرط الثانى فى الكفيل أن يكون مقبلاً فى مصر ، حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء . وليس يلزم أن يكون مقبلاً فى موطن المدين كما يشترط التقنين المدني الفرنسى^(٤) . بل يكفى أن يكون مقبلاً فى أى مكان فى مصر^(٥) . وشرط إقامة الكفيل فى مصر كاف ، ولا بشرط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً ما دام مقبلاً فى مصر . كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوافراً

(١) رقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك (بودوى وقال فقرة ٩٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٦٢٣ ص ٩٧٥) . ويلحق بالمال المتنازع فيه المال المهدد أن تمسخ ملكة الكفيل له (بودوى وقال فقرة ٩٧٨ ص ٥٢٥) .

(٢) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢٢ - بودوى وقال فقرة ٩٧٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ - ويكفى أن يكون لدى الكفيل مال كاف ، فلا يلزم أن يرتب للدائن رهناً على هذا المال (بودوى وقال فقرة ٩٧٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢١ - بودوى وقال فقرة ٩٧٥ وفقرة ٩٧٧ - ولكن لما كان من الجائز أن يحل محل الكفالة أى تأمين خاص آخر ولو كان منقولاً ، فإنه يصح أن يقدم شخص منقولاً كرهن حيازة بدلاً من أن يتقدم هو نفسه كفلاً (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٤ - ص ٩٧٥) .

(٤) انظر م ٢٠١٨ و ٢٠٤٠ - ٢٠٤١ مدنى فرنسى . وانظر بودوى وقال فقرة ٩٧٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٢ .

(٥) لذلك يكفى أن يكون الكفيل موطن نثار فى مصر . يمكن للدائن أن يعتمد عليه فيما ينشأ من الكفالة من علاقات (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٧ - وانظر بيدان وفواران فقرة ٦٨) .

على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والنقاضي^(١) ، ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق .

فلذا توافر في الشخص هذان الشرطان . صح للمدين تقديمه كفيلًا . ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين ما دامت الكفالة قائمة . فلذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفي المدة التي تبقى فيها الكفالة قائمة ، بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر محل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه . ويستثنى من ذلك ، فلا يجب على المدين تقديم كفيل آخر ، حالة ما إذا كان الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين . ففي هذه الحالة يكون الدائن هو الذي طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين . فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر محل محله إذا أصبح الشخص الذي طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة^(٢) . وإذا أعسر الكفيل إعداماً

(١) بون ٢ فقرة ١١٦ - جيوار فقرة ٩٤ - بودري وقال فقرة ٩٨٩ - بلانيول وريير وسائتييه فقرة ١٥٢٢ ص ٩٧٤ هامش ه .
(٢) وكذلك تستثنى حالة ما إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين ، فإن المدين لم يختار في هذه الحالة شخصاً للكفيل ، بل إن المدين لم يكن ملزماً بتقديم كفيل لكفالة دينه . هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١١٤٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ١ - إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، وجب تقديم كفيل آخر . ٢ - ويستثنى من ذلك أن يكون الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين ، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين » . وكان التقنين المدني السابق (م ٦١٠/٥٠٠) ينص على أنه « إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بإعطاء كفيل ، سواء كان التعهد حاصلًا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة ، وأعسر الكفيل الذي قدمه ، وجب على المدين استبداله بكفيل آخر » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تطابق المادة ١١٤٠ المادة ٧١٧ من المشروع الفرنسي الإيمالي ، مع إضافته بسيرة إلبيا . والحكم للوارد بها هو بعينه المقرر بالمادة ٦١٠/٥٠٠ من التقنين الخالي (السابق) ، وذلك ما عدا أجزائها الأخيرة فإنه يقرر استثناءً مجعماً عليه ، وهو أن المدين لا يلزم باستبدال الكفيل الذي عينه الدائن إذا أعسر ، ولا الكفيل الذي يتقدم لضمان الدين بدون علمه » . وانظر أيضاً م ٢٠٢٠ مدني فرنسي وم ١٠٦٨ من قانون الموجبات والعقود المدني « - ولما عرضت المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة عدم الموافقة على حكمها والاكتفاء في موضوعها بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ه ص ٤٢٩ - ص ٤٣١ في الهامش) .

جزئياً ، جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول .
وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا
اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملء ، ولم يكن هذا ملئاً منذ البداية^(١) . ولا
يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذي قدمه ،
لأن التزام هذا الأخير يبنى في تركته^(٢) . وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم
كفيل آخر إذا اتخذت ذمة المدين وذمة الكفيل . ما دام مال كل من الاثنين
قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالا خاضعين لحق الدائن^(٣) .

وتقول المادة ٧٧٤ مدني سالفه الذكر إن للمدين « أن يقدم عوضاً عن
الكفيل تأميناً عينياً كافياً » . ويخلص من ذلك أن المدين . إذا كان ملزماً
بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق ، بتقديم كفيل لدائنه . فإن له أن
يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمي أو رهن حيازي .
فيستطيع المدين أن يرهن رهنًا حيازياً تأميناً للمدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً
أو منقولات أخرى ذات قيمة . كما يستطيع أن يرهن قيمة منقولة لحاملها
عن طريق التسليم المادي . أو قيمة منقولة اسمية عن طريق التحويل ، أو قيمة
منقولة إذنية عن طريق التظهير . ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين
دينه ، بدلا من الكفالة الشخصية . عقاراً . إما رهنًا رسمياً أو رهنًا حيازياً^(٤) .

(١) بودري وقال فترة ٩٨٤ وفترة ٩٨٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥٢٣

ص ٩٧٥ .

(٢) كذلك إذا كان الكفيل الأول قد أصبح غير أهل بعد أن كان أملاً وقت عقد
الكفالة ، بأن حجر عليه مثلاً ، فإن ذلك لا يبطل عقد الكفالة ، ولا يجيز للدائن مطالبة المدين
بتقديم كفيل آخر (سليمان . قس فقرة ١٥ ص ١٦) .

(٣) بودري وقال فترة ٩٨٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥٢٩ ص ٩٧٥ -

ص ٩٧٦ .

(٤) والتقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٤١) يجيز ، في الكفالة القانونية والكفالة القضائية ،
أن يستبدل المدين بالكفيل الشخصي رهن حيازة كافياً (nantissement suffisant) . والقضاء
الفرنسي يجيز للمدين أن يقدم أيضاً رهنًا رسمياً ، فليست صعوبة التنفيذ على العقار المرهون
رهنًا رسمياً بأشد من صعوبة التنفيذ على عقارات الكفيل الشخصي (نقض فرنسي ٧ أغسطس
سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٢٢٠ - ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٦٠١ -
بودري وقال فترة ٩٩١ - ٩٩٢ - بيدان وثواران ١٣ فقرة ٦٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه
فترة ١٥٢٥ ص ٩٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩٣٢ - كولان وكايتان ٢
فترة ١٣٩٩ - عكس ذلك أوبر - ورو ٦ فقرة ٤٣٦ ص ٢٧٨ هامش ١٢) .

ولا شيء يمنع من أن يكون التأمين العيني الكافي ، الذي يحل محل الكفيل الشخصي . مترتباً على مال الغير برضاء هذا الغير^(١) . كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافي بتأمين عيني ، فيخلص من الكفالة الشخصية والتأمين العيني تأمين كاف للمدين^(٢) . هذا وقد وردت في تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة في حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة المرسومة لها . وقد نصت المادة ٤٧٥ مرافعات في هذا الشأن على أنه « في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفالة ، يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلًا مقتدرًا أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر » . ونصت المادة ٤٧٦ مرافعات على أن « يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة ، وإما ضمن إعلان سند التنفيذ أو ورقة التكليف بالوفاء » . ونصت المادة ٤٧٧ مرافعات على أنه « لدى الشأن ، خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان ، أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفالة ما يودع . وتختص المنازعة بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحكوم عليه ، ويحكم في المنازعة على وجه السرعة بحكم لا يستأنف » . ونصت المادة ٤٧٨ مرافعات على أنه « إذا لم تقدم منازعة في الميعاد ، أو قدمت ورفضت ، أخذ على الكفيل في قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة ، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده »^(٣) .

(١) پلانیول وریپیر وسافاتییه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ .

(٢) نقض فرنسی ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ٣٩٧ - پلانیول وریپیر وسافاتییه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ - أنسیکلویسی دالوز ١ لفظ **cautionnement** فقرة ٩١ - وانظر مناقشة هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدق في «مروعة الأعمال التحضيرية» ص ٤٣٦ - ص ٤٤٠ في الهامش .

(٣) وقد صدر أخيراً ، بعد كتابة هذه السطور ، تقنين جديد للمرافعات ، فيراجع فيه ما يقابل هذه النصوص .

١٥ - ما استحدثه التقنين المدني الجديد في فصوص الكفالة : عدل

التقنين المدني الجديد في ترتيب أحكام الكفالة ، فتناول في الفصل الأول أركان الكفالة ، وخصص الفصل الثاني لآثارها ، وتناول فيه العلاقة ما بين الكفيل والدائن ثم العلاقة ما بين الكفيل والمدين .

وفي الفصل الخاص بأركان الكفالة ، استحدث التقنين المدني الجديد نصاً يقضى بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة ولو كان الالتزام المكفول يجوز إثباته بالبينة ، كما نص على كفالة الدين المستقبل والدين الشرطي والدين التجارى . ونص على أن الملتزم بتقديم كفيل يجوز له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، وجعل الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

وفي الفصل الخاص بآثار الكفالة ، نص التقنين المدني الجديد على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، واشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بتجريد المدين ، ولكنه لم ينص على أن يتمسك بهذا الدفع يجب أن يكون عند المطالبة الأولى . ونص على أنه لا يعتد بأموال المدين التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال متنازعة عليها أو تقع خارج مصر ، كما نص على مسئولية الدائن إذا نهاون في اتخاذ إجراءات التجريد وترتب على ذلك إعسار المدين . ونص على أنه إذا كان هناك تأمين عيني لضمان الدين سابق أو معاصر للكفالة ، لم يحجز التنفيذ على أموال الكفيل غير المتضامن مع المدين إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين . وبين التقنين المدني الجديد التزامات الدائن نحو الكفيل عند قيام هذا بوفاء الدين ، كما بين حقوق الكفيل قبل المدين ، ونص صراحة على حقه في الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ؛ ولكنه أوجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . كما نص على أن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ، ابتداء من يوم الدفع^(١) .

(١) انظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموع الأعمال التحضيرية .

الفصل الأول

أركان الكفالة

١٦ - ركنه : يمكن القول إن للكفالة ركنين : (١) التزاماً أصلياً مكفولاً ، هو التزام المدين الأصلي بضمنه الكفيل . وبنون هذا الالتزام لا تكون كفالة ، لأن التزام الكفيل هو كما قدما التزام تابع ، فهو ينبع الالتزام الأصلي المكفول على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم^(١) . (٢) اتفاقاً بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلي ، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة ذاته . فلا بد إذن من رضا الكفيل بالكفالة ، ورضا الدائن بأن يضمن الكفيل حقه^(٢) .

المبحث الأول

الالتزام الأصلي المكفول

١٧ - موضوعه : نبحث في الالتزام الأصلي المكفول موضوعين :

- (١) انظر آتفاقرة ١٣ .
- (٢) أما إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير في غير أغراضها ، فإن تعاقدته وإن لم يكن ملزماً للشركة يلزمه شخصياً قبل الغير التي تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها ، متحلاً فيها صفة غير صحيحة وهي أنه مدير لشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير ، فإن الحكم يكون قد أصاب القانون . كذلك إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ في الكفالة أتى عقدها مع الغير ، بإخفائه حقيقة صفة في النيابة عن الشركة ، ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة - أتى ادعى الشريك أنه يمثلها - مع المدين في الوفاء بالدين ، فإنه لا يؤثر في تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين ، لأن مسئولية مردها الخطأ التدليبي (نقض مدني ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٢٥) .

(١) الالتزام الأصلي المكفول في ذاته . (٢) الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل .

§ ١ - الالتزام الأصلي المكفول في ذاته

١٨ - مصدر الالتزام الأصلي المكفول ومحل : أي التزام تمكن كفالة ، أي كان مصدره وأياً كان محله ، فيكون التزاماً أصلياً مكفولاً . فتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد ، وهذا الذي يقع في الغالب . فيكفل التزام مصدره عقد قرض مثلاً فيكون للمقرض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه (١) . ويكفل التزام مصدره عقد البيع ، فيكون للمشتري كفيل بالثمن . ويكفل التزام مصدره عقد الإيجار ، فيكون للمستأجر كفيل بالأجرة . وهكذا .

وتتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع ، فيعترف المدين في العمل غير المشروع بمبدأ المسؤولية وبمقدار التعويض ، ويأتي كفيل بضمنه في هذا المقدار إلى أن يفي به . وتجوز كفالة التزام احتمالي مصدره العمل غير المشروع ، فيأتي المدين الاحتمالي بهذا الالتزام لدائته الاحتمالي بكفيل بضمنه .

وتتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة ، فيأتي رب العمل مثلاً بكفيل بضمن التزامه نحو الفضولي .

وتتمكن أخيراً كفالة الالتزام الذي يكون مصدره القانون ، فيأتي الحار مثلاً لحاره بكفيل يكفله في التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الحوار (٢) . وأياً كان محل الالتزام الأصلي ، فإنه تجوز كفالاته ، سواء كان هذا المحل إعطاء أو عملاً أو امتناعاً عن عمل (٣) . والذي يقع غالباً هو كفالة

(١) بودي وقال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

(٢) انظر في كفالة الالتزام أيما كان مصدره ترولون فقرة ٥٥ - جيوار فقرة ٥٤ - بودي وقال فقرة ٩٤٩ .

(٣) بون ٢ فقرة ٢٦ - لوران ٢٨ فقرة ١٢٨ - جيوار فقرة ٥١ وفترة ٥٤ - بودي وقال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود ، فيأتى المقرض مثلاً بكفيل يضمنه لدى المقرض فى المبلغ من النقود الذى اقترضه . ولكن قد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، لا مبلغاً من النقود . فيأتى البائع مثلاً بكفيل يضمنه لدى المشتري فى التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثانى . كذلك يجوز للمقاول ، الذى تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت ، أن يأتى بكفيل يضمنه فى التزامه بهذا العمل . ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتى بكفيل ، يضمنه فى الالتزام بعدم المنافسة .

١٩ - كفالة الالتزام الصحيح - نص قانونى : تنص المادة ٧٧٦

مدنى على ما يأتى :

« لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٢٥ من المرسوم التمهيدى على الوجه الآتى « لا تصح الكفالة إلا فى التزام صحيح » . رى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « الكفالة باطلة إذا كان الالتزام المكفول باطلاً » ، وأصبح رقمه ٨٤٥ فى المرسوم النهائى . وحلف مجلس النواب هذا النص ، اكفاء بغيره من النصوص التى وردت . وفى لجنة لمس الشيوخ طلبت الحكومة إعادة النص المحذوف تمهيداً لما يأتى بعده من النصوص ، ومنها النص على كفالة ناقص الأهلية . فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهلية كان التزامه قابلاً للإبطال كالاتزام الأصل ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلًا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب ناقص أهلية فإنه لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلًا أصلاً إذ هو مدين أصلاً . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المرسوم بالصيغة الآتية : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وقالت اللجنة فى تقريرها : « وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصل باطلاً ، متى انصرفت النية إلى تأمين للدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رأت أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً . وأصبح رقم المادة ٧٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٦) - وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق فى صدد هذا النص فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٦ فى الهامش .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٤٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول به باطلاً ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويخلص من النص سالف الذكر أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحاً . ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدي ، أو تولد من مصدر عقدي وكان العقد الذي تولد منه عقداً صحيحاً .

ويجب التمييز هنا بين فرضين : (الفرض الأول) أن يلتزم شخص بوفاء التزام في ذمة الغير . فيؤمن للدائن بذلك وفاء الالتزام . وفي هذا الفرض لا يكون هذا الشخص كفيلاً ، بل يكون مدينأً أصلياً ، تعهد بوفاء التزام الغير للدائن . ولا يهم في هذه الحالة أن يكون التزام الغير صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ما دام الملتزم بوفائه قد التزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلاً . ويؤول ذلك على أن الملتزم بالوفاء قد التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان في الدين . وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله ، فإن الملتزم بالوفاء يقوم نفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للإبطال . ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً بل مدينأً أصلياً كما قدمنا ، ويصحح كما سبق القول أن يكون الدين الذي التزم بوفائه باطلاً أو قابلاً للإبطال . ولو كان الملتزم بالوفاء كفيلاً ، أي أن التزامه تابع للدين الأصلي ، لأمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلي أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلي نفسه . (والفرض الثاني) أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً لا مدينأً أصلياً ، فيكفل المدين الأصلي في الوفاء بالتزامه . وهذا هو الفرض الذي يعنينا هنا ، إذ أن التزام الكفيل يكون تابعاً للالتزام الأصلي المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول^(١) صحيحاً كما يقول

= التقنين المدني السوري م ٧٤٣ (مطابق) .

للتقنين المدني الليبي م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٥٦ لا تصح الكفالة إلا ماوجب صحيح (موافق) .

(١) فتجاوز كفالة الالتزام بمثل إذا كان هذا الالتزام صحيحاً ، حتى لو عقد لاعتبار

شخصي في المدين (*latuitu personae*) ، ويضمن الكفيل في هذه الحالة التعويض المترتب في ذمة =

النص سالف الذكر . فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال ، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلي أو يبطله ، ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلاً .

وهذا هو ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت في تقريرها : « وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا روى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً » (١) .

المدين الأصلي بسبب إخلاله بالالتزام . فيجوز لمصور أو محات مثلاً أن يلتزم بعمل صورة أو نحت تمثال ، وتكون شخصية المصور أو النحات ملحوظة في هذا الالتزام ، ويأتي الملتزم بكفيل يضمن التمويض الذي يترتب على الإخلال بالالتزام (بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩) . كما تجوز كفالة الالتزام الناشئ من ورقة النقد (*contra-lettre*) ، ذلك أن النقد قد أصبح وإن كان لا يخرج به كل الغير حسن النية ، وعلى ذلك تجوز كفالة الالتزام الناشئ من هذه الورقة (بودرى وقال فقرة ٩٤٤ ص ٥٠٤) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش - وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا نصت المحكمة بأن الكفالة الممطة لشخص عند ما يرصد عليه مراد استئجار أطيان إنما كانت من هذه الأطيان الممينة التي لم يتم استئجارها ، وأنها لا تنسحب على أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن بحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي رأت أنها هي التي حلت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الإيجار التي تمت والعملية التي تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٣) . وقضت أيضاً بأن الكفالة عقد ينطوي على تبرع ، فلا يجوز إجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (م ٥١٦ مدني قديم) . فالوقوف على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالإقرار والصالح ، لا يصح . والتوكيل العام في جنس عمل ، وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، لا يسري على التبرعات (م ٥١٧ مدني قديم) . (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٤) . وقضت أخيراً بأن الكفالة من عقود التبرع ، يجب عملاً بالمادتين ٥١٦ و ٥١٧ مدني (قديم) أن يكون بيد الوكيل انتهى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تحويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ، وأن يقترض مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوداً على الاستدانة ورهن ما يفي بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتداد في أن =

٢٥ - كفالة الالتزام الباطل : ويؤخذ مما قدمناه أن كفالة الالتزام الباطل تكون هي أيضاً باطلة كالاتزام المكفول . والمفروض في ذلك ، كما قدمنا ، أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلاً . لا باعتباره مديناً أصلياً . فإذا كان الالتزام المكفول في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً ، كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدني ، كما سنرى ، على أن « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يفتح بها المدين » . ومن الأوجه التي يفتح بها المدين الأصلي بطلان التزامه المكفول ، فللكفيل أيضاً أن يفتح بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله .

ولا يكون الالتزام باطلاً إلا إذا كان التزاماً عقدياً ، أما الالتزام غير العقدي فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذي يتكفل بإنشائه ، باستداده من مصدره فلا يكون باطلاً . فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل . والعقد يكون باطلاً إذا اختل أحد أركانه ، فانعدم ركن الرضا مثلاً أو كان محله غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوفٍ للشكل الذي يتطلبه القانون .

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة . من ذلك دين المقامرة أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً ، والدين الذي يكون محله غير موجود^(١) أو مستحيلاً أو غير مشروع ، والدين الذي يقوم على سبب غير مشروع ، والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلية . والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة في الشكل^(٢) . كل هذه

= يكفل الوكيل باسم موكله مديناً ، وأن يرهن أحياناً الموكل تأميناً للوفاء بالدين (نقض من أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٥) .

(١) ومثل الدين الذي يكون محله غير موجود في التزام غير عقدي أن يكفل شخص منهما فيما عسى أن يحكم عليه بتعويض ، ثم يحكم ببراءة المتهم وبعدم مسئوليته عن تعويض ما (بيودري وقال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٦) .

(٢) انظر في أمثلة أخرى على العقد الباطل بيودري وقال فقرة ٩٤٤ .

ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل . وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ، ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الأصلي المكفول .

٢١ - كفالة الالتزام القابل للإبطال - نص قانوني : نص المادة

٧٧٧ مدني على ما يأتي :

« من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية . كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٥ من المرسوم التشريعي رقم ٨٤٦ في المرسوم النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص ، تحت رقم ٨٤٤ ، على الوجه الآتي : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام كدين أصل » . وذلك ليكون المعنى المقصود واضحاً ، لأن النص الأصل قد يوهم بأن الشرط المطلوب هو علم الكفيل بكون الدائن والمدين بنقص أهلية المدين ، مع أن المقصود هو أن يكون كل الثلاثة ، الدائن والمدين والكفيل ، عالين بنقص الأهلية وقت التعاقد . وفي لجنة مجلس النواب عرض رئيس اللجنة على المادة من حيث أنها تلزم الكفيل بتنفيذ الالتزام كدين أصل ، لأنه من الجائز أن يجيز نقص الأهلية الالتزام عند بلوغه . فأجيب بأن هذه ضرورة من الصور الثلاث التي عرضت على اللجنة عند بدء المناقشة ، وهذه الصور هي : ١ - أن يكفل الكفيل نقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهلية ، في هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص الأهلية . ٢ - أن يكفل الكفيل نقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهلية ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ - أن يكفل الكفيل نقص الأهلية بسبب نقص أهلية ، في هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل التزام ناقص بسبب نقص أهلية بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل التزام ناقص ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فأصبح النص تحت رقم ٧٧٧ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وجاء في تقرير اللجنة : رأيت اللجنة الأخذ بالتعديل الذي اختاره مجلس النواب ، واستبدلت في آخر النص عبارة « كدين أصل » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصل » . « وقد توخيت اللجنة في ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصل هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالقاء ويكون وقاؤه صعباً من ثم بعد زوال نقص أهلية أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه ، ولهذا يكون التعبير =

وهذا النص مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أى إذا كان الالتزام الأصيل قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيباً في الرضاء فيكون الرضاء مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالاستغلال . وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً في القانون ، كما هو الأمر في بيع ملك الغير فقد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري قابل للإبطال لمصلحة المشتري .

فاذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيباً في الرضاء أو نصاً في القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذ لم يرد نص في هذا الصدد كما ورد النص سالف الذكر في خصوص القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الالتزام قابلاً للإبطال لعيب في الرضاء أو لنص في القانون ، فإن الكفيل والتزامه تابع للالتزام الأصيل المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصيل^(١) . وعلى ذلك إذا كفّل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه ، أو كفّل شخص مشترياً من غير المالك ، جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه ككفيل

الذى اختارته اللجنة أدق في الإعراب عن المقصود من النص هـ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عرفت بلجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٤٩٧ - ص ٤٥٢) - انظر أيضاً ما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدق في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤٣ - ص ٤٩٦ في الهامش) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ : الكفالة باطلة ، ما لم تكن الكفالة خاصة بسبب عدم أهلية الدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والفقود اللبناني لا مقابل .

(١) انظر بودرى وقال فترة ٩٤٨ - بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة

هو أيضاً قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي . ونأثي بتطبيق عملي لما تقدم ، ونفرض أن مديناً بموجب عقد قد وقع في غلط عند تعاقدته وتوافر في الغلط الشروط الواجبة لجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا كفل شخص هذا المدين ، ثم كشف المدين الأصلي أنه وقع في غلط فتمسك بإبطال العقد ، جاز لكفيله أيضاً أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلي ، فله إذن أن يتمسك بهذا الدفع . ولا نرى أن الكفيل يحرم من هذا الدفع إذا فرضنا أن المدين الأصلي بعد أن كشف أنه وقع في غلط أجاز العقد فانقلب صحيحاً ، بل يبق للكفيل حتى في هذه الحالة حق التمسك بإبطال الكفالة . ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال ، فلا يستطيع هذا المدين أن يسوئ مركز الكفيل بإجازته هذا العقد . ويكون للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة حتى لو أجاز المدين الأصلي العقد ، وذلك ما لم يجر الكفيل بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال .

بقى ما إذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية ، وقد اقترحت لجنة الأستاذ كامل صدقي الأخذ بالمادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإبطالي ونصها : « لا تصح الكفالة إلا في التزام صحيح ، ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذي يعقده ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته » . وقيل في هذه اللجنة إن من مزايا نص المشروع الفرنسي الإبطالي القضاء على كثير من الصعوبات . وأدمج النص في المشروع التمهيدى ، تحت رقم ١١٣٥^(١) . وقد مرت بنا المراحل التشريعية التي اجتازتها المادة ١١٣٥ من

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتى : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ بنقريتها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإبطالي . وهو يطابق في أحكامه المادة ٤٩٦ / ٦٠٥ من التقنين الحالي (السابق) مع شيء من الإيضاح . أما التقنين الفرنسي (م ٢٠١٢ / ٢) ، فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان التكميل يجهل وقت العقد فنقص أهلية المدين . وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والشد الشديد ، ولذلك عدل عنه المشرع المصرى وقرر أن كفالة التزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . وكذلك فقلت معظم التفتيشات الحديثة ، كما أن الشريعة الإسلامية تقضى هي أيضاً بهذا الحكم (م ٨٤١ مرشد الخيران) . ويلاحظ أن التزام الكفيل في هذه الحالة ليس التزاماً تبعياً يستند إلى التزام أصلي ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلاً . ذلك أن من كفل قدراً في =

المشروع التمهيدى ، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم المادة ٧٧٧ مدنى^(١) . وقد قيل فى صدد هذا النص فى لجنة مجلس الشيوخ ما يأتى : « إذا كان الكفيل بجهل نقص أهليته (أهلية المدين الأصلي) ، كان التزام الكفيل قابلاً للإبطال كالاتزام الأصلي . وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلًا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفلاً ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلًا أصلاً إذ هو مدين أصلي^(٢) » . وقيل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى إن هناك صوراً ثلاثاً هى : ١ - أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، فى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته . ٢ - أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ - أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . فى هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه^(٣) .

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة ناقص الأهلية . وهو القاصر المميز ومن فى حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام آل من كان عقده قابلاً للإبطال بسبب نص الأهلية^(٤) . يجب التمييز بين فروض ثلاثة :

« عقد وهو عام بقصره ، كان ضامناً له فى أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر بطلان العقد ، وكان مسئولاً بصفة أصلية عن أداء الالتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان ، كل دأ ما لم يقيم دليل على ما يخالفه . هذا وقد أورد الممانون إبولونى فى المادة ٦٢٦ نصاً يقرب من هذا المعنى إذ يقضى بأن من كفل التزاماً باطلاً بسبب نقص أهلية المدين يكون ملزماً بتنفيذه كدائن أصل ، إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الخامس وفترة ٢١ فى الهامش .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٩ فى الخامس .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢١ فى الهامش .

(٤) والتقنين المدنى الفرنسى (٢٠١٢ / ٢) ينص على أنه « تجوز كفالة الالتزام ، ولو كان جائزاً بإبطاله بدفع شخصى محض خاص بالملتزم ، وذلك كحالة القصر » .

(الفرض الأول) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته : وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلاً لا مدينياً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالمدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي ، وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال ، وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك^(١) . ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلي القابل للإبطال . ذلك بأن الكفيل ، وقت أن كفل ناقص الأهلية ، كان لا يعلم بنقص أهليته . فلا يعترض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأن ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص

في فرنسا متفق على أن المقصود بالالتزام المكفول هنا هو الالتزام القابل للإبطال (annulable) لا الالتزام الباطل (null) (انظر أورى ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥ . بودر وقال فقرة ٩٤٥ - ص ٥٠٥ - بلانيول وسافاتييه فقرة ١٥١٨) .

(١) ويبدو أن بعض الفقهاء في فرنسا يذهب إلى أن الكفيل ، حتى لو لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين الأصلي ، لا يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية ، ويبقى ملتزماً بالرغم من جهله بنقص أهلية المدين الأصلي (بودرى وقال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٥) . ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يتخلف عن بطل الالتزام الأصلي التزام طبيعي ، وهذا الالتزام الطبيعي هو الذي يمسسه الكفيل ، لأن الالتزامات الطبيعية عند أصحاب هذا الرأي تجوز كفالها كفالة مدنية (بودرى وقال فقرة ٩٤٦ - فقرة ٩٤٧) . ولكن فقهاء آخرين يخالفون هذا رأياً ويذهبون إلى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع الاحتجاج بنقص أهلية المدين ، يجب أن يكون عالماً بنقص الأهلية (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩٢٤) .

أما في القانون المصري ، فلا شك في أن الكفيل ، حتى لا يستطيع أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلي ، يجب أن يكون عالماً بنقص الأهلية ، بل يجب أن يكون قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . أما القول بأن التزام ناقص الأهلية إذا أصل يتخلف عنه التزام طبيعي وتجوز كفالة الالتزامات الطبيعية فردود ، كما سنرى ، بأن الالتزام الطبيعي لا تجوز كفالته كفالة مدنية . فهذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فله أن يتمسك بالمدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يعد أحد منهما على التوفاء بالتزامه (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ - وانظر مد كامل مرسى فقرة ٣٩) .

الأهلية . فالمدين الأصلي لا يستطيع أن يسوئ بعمله أى بإجازته للعقد مركز الكفيل ، وقد طبقنا هذه القاعدة المقررة فى الكفالة فى حالة ما إذا كان العقد الأصلي قابلاً للإبطال لعيب فى الرضاء^(١) .

(الفرض الثانى) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلاً أيضاً لا مدينأً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلي ، فيكون بعلمه هذا نازلاً حتماً عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلي وأجاز العقد . وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي جاز للكفيل أيضاً . كما فعل المدين الأصلي . أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة . وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق . أما إذا نزل المدين الأصلي عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فإن الكفيل ، خلافاً للفرض السابق . لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية ، ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية .

(الفرض الثالث) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى فيما قدمنا ، فقالت : « من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية . كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير ، وأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال . فيجوز للمدين أن يبطله . وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي . وعلى ذلك يمكن تفسير الكفالة التى تمت على الوجه الآتى : إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي . كان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذى أبرمه مع الدائن ، وكان ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي لأن المدين الأصلي لم ينفذه . وفى هذه

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة .

الحالة لا يكون الكفيل كفيلًا ، بل يكون مدينًا أصليًا ، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو ألاّ ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام . فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلًا وقد أصبح مدينًا أصليًا بتحقيق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام (١) . أما إذا أجاز ناقص الأهلية العقد وانقلب العقد صحيحًا بالإجازة ، فإن المدين الأصلي يصبح ملزمًا بتنفيذ الالتزام الأصلي . ويكون الكفيل ضامنًا له في تنفيذ هذا الالتزام ، باعتباره كفيلًا لا باعتباره مدينًا أصليًا . وتسرى جميع أحكام الكفالة (٢) . يؤكد ذلك ما ورد في مناقشات لجنة الشيوخ ، إذ قيل في هذه اللجنة عن هذا الفرض الثالث ما يأتي : « أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . ففي هذه الحالة تنصّر أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضًا أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعذلت اللجنة النص على الوجه

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٣٨ - ويطلق الأستاذ سليمان مرقس نظرية تعويض العقد في هذه الحالة ، ويقول في هذا المعنى : « إن كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ما لم ينسك ناقص الأهلية ببطان التزامه ، فتبطل حينئذ ككفالة هذه الصفة وتتحول إلى تعهد ناشئ الالتزام أصل في ذمة من تعهد ككفيل » (سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٤٠) . ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور : « والرأي الذي نفضله أن من يكفل التزام ناقص الأهلية ، وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، يبرم عقدا مركبا يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير . يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال ، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا أخل بتعهداته عن الغير بأن طلب المدين الإبطال . وعلى ذلك فالتزام الالتزام الأصلي قائما ، يبقى الكفيل ملتزما بصفة تبعية باعتباره كفيلًا . أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي ، زال التزام الكفيل تبعا لذلك بأثر رجعي . ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ، فيلتزم الكفيل بالتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاما أصليا غير تابع لغيره » (منصور مصطفي منصور فقرة ١٦ ص ٣٤ - وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣ - محمد علي إمام فقرة ٤٣ ص ٨١) .

(٢) ومن الفقهاء الفرنسيين من يعجم هذا الحكم ، حتى في حالة ما إذا علم الكفيل بنقص الأهلية ، على جميع أوجه البطلان ، كالبطلان المطلق والقبالية للإبطال لعب في الرضا (بودوى وقال فقرة ٩٥٢ - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٩ - سليمان مرقس فقرة ٣٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٦ ص ٣٥) .

الآتي . . . وجاء في تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بهذا التعديل الذي اختاره مجلس النواب ، واستبدلت في آخر النص بعبارته « كمدن أصلي » عبارة « إذا لم ينفذه المدين الأصلي » . وقد توخى اللجنة في ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلي هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ، ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه . ولهذا يكون التعبير الذي اختارته اللجنة أدق في أعراب عن المقصود من النص « (١) » .

وجاء أيضاً في مناقشات لجنة الشيوخ في خصوص المادة ٧٧٦ مدني ما يؤيد ما قدمناه ، إذ قيل : « فإذا كان الكفيل بجهل نقص أهليته (نقص أهلية المدين الأصلي) كان التزام الكفيل قابلاً للإبطال كالتزام الأصلي ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبنى كفيلاً ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلاً أصلاً إذ هو مدين أصلي . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً . . . وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا روي أن يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً » (٢) .

٢٢ - كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل - نص قانوني :
تنص المادة ٧٧٨ مدني على ما يأتي :

- « ١ - تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً الدين المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي . »
- « ٢ - على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة . »

(١) انظر أيضاً نفس الفتوة في الهامش .

(٢) انظر أيضاً فتوة ١٩ في الهامش . وانظر عبدالفتاح عبد الباقي فتوة ٤٢ - فتوة ٤٣ -

فإن له في أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ^(١) .
ويخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة الدين الشرطى ، وتجوز كفالة
الدين المستقبل .

أما كفالة الدين الشرطى فلا شك في جوازها طبقاً للقواعد العامة ، سواء
كان الدين الأصلى المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٦ من المشرع التمهيدى مل وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة مل بالنص ، تحت رقم
٨٤٧ فى المشرع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ
تحت رقم ٧٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٥٢ - من ٤٥٨) .
ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشرع
التمهيدى للنص ما يأتى : « كفالة الالتزامات المستقبلية أو الترتبية جارية فى العمل ، مل الأخص
فى عقد الحساب الجارى وفتح الاعتماد . والقضاء والتفقه مجتاز مل صحتها رغم عدم وجود
نص فى التقنين الحالى (السابق) . وقد رأى المشرع من المناسب أن يملك بشأنها ملك
التقنيات الحديثة ، فهى صراحة مل جواز كفاية الالتزام المستقبل والالتزام الشرطى . مل
أنه حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يحظى من وراء كفالة ربحاً با ، قرر
المشرع وجوب تحديد مبلغ معين نصح فى حدوده كفالة الالتزام المستقبل ، كما قرر أيضاً
أن كفالة الالتزام المستقبل التى لأجل غير مد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد .
والقضاء المصرى يؤيد هذا الاتجاه : انظر مل الأخص استئناف مختلط ٢٣ يناير ١٩٠٧
م ١٩ ص ١٠٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ - والمادة ١١٣٦ فى مجموعها
تطابق المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ من التقنين البوالوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤
ص ٤٥٧) .

ومقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السودانى م ٧٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا . مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٥٧ : يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبا

يمكن الحدوث (كضمان نزع الملكية بدعوى الاستحقاق) أو موجبا مستقبلا أو غير معين
بشرط أن يكون التعيين ممكناً فيما بعد (مثل كفالة المبلغ الذى سيحكم به مل شخص ما) ،
ففى هذه الحالة يحدد موجب الكفيل بما يجب مل المدينون الأصل . وانظر المادة ١٠٤٤ فى
مل فى نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) جيوار فقرة ٥٢ - بودرى وقال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ .

فالدين المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ ، فتجوز كفالته وتكون الكفالة في هذه الحالة تابعة للدين الأصلي ، وعلى ذلك تكون هي أيضاً معلقة على شرط فاسخ . فإذا تخلف الشرط الفاسخ ، صار الدين الأصلي باتاً ، وكذلك يكون باتاً التزام الكفيل . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الدين الأصلي ينسخ بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن ، وكذلك ينسخ التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن . وكذلك لا شك في جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف . لأنه وإن لم يكن نافذاً دين موجود . فيكفله الكفيل ، ويكون التزامه كالتزام المكفول معلقاً على شرط واقف . فإذا تخلف الشرط الواقف ، زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن . وكذلك يزول التزام الكفيل ، ويعتبر كأنه لم يكن . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعي ، وكذلك ينفذ التزام الكفيل . فيصبح التزام كل من المدين الأصلي والتزام الكفيل نافذاً باتاً ، وتسرى في هذه الحالة أحكام الكفالة .

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام في تركة مستقبله فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة^(١) . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالي لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً في مصرف ، جاز أن يقدم كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد وبالقدر الذي يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً لثن البضائع التي يشتريها المدين الأصلي^(٢) .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل

(١) بودري وقال فقرة ٩٥٠ .

(٢) بودري وقال فقرة ٩٥١ ص ٥١١ - جيوار فقرة ١٨ . وكفالة المدين المستقبل قبل وجوده صحيح صحة بيع الشيء المستقبل قبل وجوده : إذ يجوز التعامل في الأشياء المستقبلية فيما عدا التركات المستقبلية (استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ - منصور مصطن منصور فقرة ١٧ ص ٣٦ - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٥ ص ٨٦ - ص ٨٧) .

أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأي مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذي به يوجد^(١) .
ولكن نص المادة ٧٧٨ مدني سالف الذكر وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين :

(القيد الأول) يجب في الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً في عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فإذا كفّل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشر بعد ، وبحسب تحديد المقدار الذي كفله الكفيل ، فيذكر مثلاً في عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . والسبب في وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لما يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره^(٢) . وقد كانت القواعد العامة تقضي ،

(١) بودري وقال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ - وتجوز كذلك كفالة دين غير معين المقدار مادام هذا الدين موجوداً فعلاً وقت كفاكه ، وهذا غير كفالة الدين المستقبل . وهل ذلك تجوز كفالة ما ترتب فعلاً في ذمة شخص معين دون أن يبين مقدار الدين ، بل تجوز كفالة هذا المدين دون أن يعلم الكفيل شخص الدائن ، ويكون الكفيل في هذه الحالة ملتزماً نحو المدين بكفالة دينه (جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٨ ثالثاً - بودري وقال فقرة ٩٥١) .

(٢) وقد جاء في محاضر جلسات لجنة الأستاذ كاسر صدق في التصدد ما يأتي : « قال الرئيس إنه تحسن حماية الشخص الذي يكفل في ساعة ضيقه ، إذ كثيراً ما يحصل في مصر أن يكفل الشخص قريباً له أو تكفل الزوجة زوجها . وهذه الحماية أدعى في حالة الزوجة الموصرة الأمية التي تساق إلى كفالة زوجها ، هذا فضلاً عن أن تحديد مقدار الدين المكفول كشرط لصحة الكفالة مأخوذ به في كثير من التقنيات الحديثة كما هو الحال في سويسرا حيث الشعب على حط وفقر من الثقافة والمعرفة وفي وسعه حماية نفسه » . وقال عضو آخر : « إن من بين التقنيات ما أجاز تقديم كفالة ضماناً لدين غير محدد المقدار ، كما أن من بينها ما لم يقرر ذلك . ولا خير من الاعتراف بصحة كفالة التزام يمكن تحديد مقداره فيما بعد » . وعقب أحد الأعضاء : « بأن النص الذي أخذ به المشروع الفرنسي الإيطالي للالتزام والعقود يقرر صحة كفالة دين غير محدد المقدار ، بينما يعلق قانون الاتحاد السويسري صحة الكفالة على بيان مقدار الدين » . فقال الرئيس : « إن من الممكن إزاء هذين الرأيين المتعارفين إيجار حل وسط يسمح بشمول الكفيل بقسط من الحماية ، واقترح أن تجعل صحة الكفالة رهناً ببيان مقدار الدين إذا ما تعلق الأمر بالتزام مستقبل أو بالتزام بعمل شيء » . وقد وافقت اللجنة على اقتراح الرئيس بأغلبية الأصوات . ثم انتقلت اللجنة إلى مناقشة النص فاقترح الأخذ بالحكم الوارد -

إذا لم يوجد نص ، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره^(١) .
 (القيد الثاني) ما تنص عليه الفقرة ٢ ثمانية من المادة ٧٧٨ مدني سالفه
 الذكر من أنه « إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة . كان
 له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ » . فإذا عين الكفيل
 مدة لقيام كفاله ، لم يجز له أن يرجع في الكفالة طوال هذه المدة . ووجب
 عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين
 الأصلي في خلال هذه المدة . أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفاله . أو عين
 مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبل وتحققه فعلا . فإن للكفيل أن يرجع
 في الكفالة ما دام الدين المكفول لم ينشأ . فإذا نشأ الدين المكفول . سواء في
 حالة عدم تعيين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل في خلالها عن كفاله . أو في
 حالة تعيين مدة نشأ في خلالها الدين المكفول ، فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع
 الرجوع في الكفالة وتصبح ملزمة له . وقد كانت القواعد العامة تقضي ،
 لولا وجود نص الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدني سالفه الذكر ، بأن الكفيل
 لا يستطيع الرجوع في الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل^(٢) ،
 ما دام لم يعين وقتاً لقيام كفاله وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين يعتبران من تطبيقات
 كفالة الدين المستقبل . فكانت المادة ١١٣٧ من هذا المشروع تنص على أن
 « الوكالة في إقراض شخص آخر تعتبر كفالة لالتزام مستقبل ، إلا إذا
 اتفق على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١١٣٧ مكررة من المشروع تنص
 على ما يأتي : « وفي الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة ، يبرأ الكفيل إذا

= في المادة ٦٢٧ من القانون البولوني . . . مضافاً (إليه) نص المادة ٦٢٨ من نفس
 التقنين . . . فوافقت اللجنة على الأخذ بنص المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ (مجموعة الأعمال
 للتحضيرية ص ٤٥٤ - ص ٤٥٥ في الهامش) .

(١) لوران ٢٦ فقرة ٧٨ - ترولون ٥٠ - جيوار فقرة ١٨ و فقرة ٥٢ -
 بودري وقال فقرة ٩٥١ .

(٢) وهذا هو الرأي المأخوذ به في القانون المدني الفرنسي (لوران ٢٨ فقرة ١٣١ -
 جيوار فقرة ٥٢ - بودري وقال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ - بلانيول وريبير وسالفاتيه
 فقرة ١٥١٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩٩٢ - أنيكلويد دالوزا لفظ
 cautionnement فقرة ٢٤ .

كان الدائن وقت نشوء الالتزام يعلم . أو كان يستطيع أن يعلم ، أن حالة المدين المكفول قد أصبحت بالغة السوء . ولم يكن قد حصل على الكفيل على ما يؤكد كنفالته^(١) . ويوضح هذين النصين ما يقابلهما من النصوص في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي التقنين المدني الألماني . فقد جاء في المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ من المشروع الفرنسي الإبطال أنه « إذا وكل شخص غيره في فتح اعتماد لشخص ثالث والتزم الموكل إزاء الوكيل شخصاً ، اعتبر كنفيل في دين مستقبل . ومتى أعطى هذا التوكيل وقبل ، فلا يجوز الرجوع فيه كما لا يجوز التنازل عنه إلا برضاء الطرفين . وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الدائن يعلم أو في وسعه أن يعلم . وقت نشوء الالتزام المكفول ، أن مركز المدين كان سيئاً وأنه لم يحصل على إذن الكفيل » . وجاء في المادة ٧٧٨ من التقنين المدني الألماني : « من وكل غيره في فتح اعتماد لثالث باسمه وحسابه ، يسأل ككفيل قبل الوكيل عن التزام الشخص الثالث الناتج من فتح الاعتماد » . ومعنى كلمة « توكيل » الواردة في هذه النصوص هو « إعطاء تعليمات أو أوامر » . ولا عرض نصا المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، رأت هذه اللجنة حذفهما « اكتفاء بتطبيق القواعد العامة »^(٢) .

٢٣ - كفاية الالتزام الطبيعى : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ١١٣٠ مكررة ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ما دام غير مخالف للنظام

(١) وقد اقتبس هذان النصان من التقنين البولونى (م ٦٢٩ و ٦٣٠) . وجاء التقنين الألماني (م ٧٧٨) والمشروع الفرنسي الإبطالى (م ٧٠٨ و ٧٠٩) بأحكام مماثلة (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٥ في الهامش) .

ونصت المادة ١٠٥٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناى على أن « من كلف شخصاً فتح اعتماد مالى لشخص ثالث ، آخذاً نفسه أن يكون مسئولاً عنه ، يلزم بصفة كونه كفيلاً بالموجبات التى عقدها الشخص الثالث على قدر القيمة التى عينها له - وإذا لم يبين الكفيل قيمه ، ما كان مسئولاً إلى الحد المعقول الذى يتفق مع حالة الشخص الذى فتح له الاعتماد - وبصبح الرجوع عن الالتزام المخصوص عليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، مادام الشخص الذى كلف فتح الاعتماد لم يشرع فى تنفيذه . ولا يصح إثبات هذا الالتزام إلا خطأ » .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٥ : - ص ٤٥٧ فى الهامش .

العام أو للآداب». ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة، قررت هذه اللجنة «حذفها وترك الحكم في موضوعها للقواعد العامة لأن حكمها محل خلاف»^(١). وقد أحسنت لجنة المراجعة بحذف هذا النص، فهو أولاً مختلف في حكمه كل الاختلاف، وهو ثانياً قد ورد ما يناقضه في نفس المشروع التمهيدى فقد تضمن هذا المشروع نصاً صريحاً في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع، إذ كانت تنص على أنه «لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية». ما دام التزاماً طبيعياً»^(٢). وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة «لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة»^(٣).

والرأى الذى اخترناه عند الكلام في الالتزام الطبيعى هو أنه لا تجرى كفالة هذا الالتزام. إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى المكفول. ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلاً لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعى عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء. ثم يرجع الكفيل على المدين الأصيل، فيكون المدين بالتزام طبيعى قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه، وهذا لا يجوز^(٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٤ في الهامش.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية - انظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتى - ما بقى في نطاق الواجبات الأدبية. ذلك أن الكفالة التزام تابع، فلا يجوز، والحال منه، أن تكون أفضل أثراً من الالتزام الأصيل. ولا وجه للقياس في هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلاً لا تابعاً. وصنوة القول أن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به، وألحق تفريده على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) وما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يميز كفالة الالتزام الطبيعى كما يميز الخصاص فيه، حل خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١.

(٤) انظر الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ ص ٧٥٣ - وانظر لوران ١٧ فقرة ٢٨ و ٢٨ فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٢ - أوبرى ورود ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ و هامش ٥ - چوسران ٢ =

وقد قدمنا أن من كفل التزام ناقص الأهلية . وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول . وليس في هذا كفالة لالتزام طبيعي كما يذهب بعض الفقهاء في فرنسا (بودرى وقال فقرة ٩٤٦) . وليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بكفيل أصلاً ، بل هو مدين أصلي تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته^(١) .

وسبق أن قررنا في الجزء الثاني من الوسيط . في صدد كفالة الالتزام الطبيعي ، ما يأتي : « على أنه يجوز أن يكفل الكفيل وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٢ مدني) وسيتحقق هذا الغرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته . فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ١/٧٨٢ مدني) . ومنها الدفع بنقص الأهلية . فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً . لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو الكفيل . فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على

— فقرة ٧١٥ — بلانيول وريبير وبولانجييه ، فقرة ١٩٢٣ — كولان وكايتان ودي لاموراندير
٢ فقرة ١٣٩٣ — بيدان وواران فقرة ٨٥ — محمد كامل مرسي فقرة ٤٠ — عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ٤٥ — سليمان مرقس فقرة ٣١ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ —
وانظر عكس ذلك وأنه تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً :
بودرى وقال فقرة ٩٤٧ — بون ٢ فقرة ٣٦ وما بعدها — لارومبيير م ١٢٣٥ فقرة ١٠ —
كوليه دي سانتيريه فقرة ١٧٤ مكررة ٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٧ (ولكنه
لا يجيز للكفيل إذا وفي الالتزام الطبيعي المكفول أن يرجع على المدين بهذا الالتزام الطبيعي ،
فهو يفترض إذن أن الكفيل قد كفل باعتباره مديناً أصلياً دنياً طبيعياً وهو على علم بذلك) .
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في
ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .
(١) انظر آنفاً فقرة ٢١ في آخرها .

المكفول بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر» (١) .

§ - الالتزام الأصيلى المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل

٢٤ - تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصيلى المكفول : قدمنا (٢) أن

الكفالة عقد تابع ، وأن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصيلى . ورتبنا على ذلك أن التزام الكفيل يكون ، مثل الالتزام المكفول ، منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، منتجاً لفوائد بنفس السعر أو غير منتج لها ، صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال ، قائماً أو منقضاً ، قابلاً للفسخ أو غير قابل ، ويدفع كقاعدة عامة بنفس الدفع التى يدفع بها الالتزام المكفول . ونقف هنا عند أمور ثلاثة تنفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول ، وعن أن هذا الالتزام الأخير هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل :

(١) التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبثاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون . (٢) شمول الكفالة للملحقات للالتزام المكفول . (٣) كفالة الالتزام التجارى تعتبر مع ذلك عملاً مدنياً فيما عدا استثناءات معينة .

٢٥ - التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبثاً من الالتزام المكفول

ولكن يجوز أن يكون أهون - نص قانونى : تنص المادة ٧٨٠ مدنى على ما يأتى :

١ - لا يجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول .

(١) الوسيط ٢ بقرة ٤٠٣ من ٧٥٤ - أما إذا انقلب الالتزام الطبيعى التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به ، فإنه يجوز كفالته بالالتزام مدنى شأنه فى ذلك شأن أ التزام مدنى آخر ، ويعد وعداً ضمناً بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (الوسيط ٢ بقرة ٤٠٣ من ٧٥٤ هامش ٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ بقرة ٩٩٥ - بقرة ٩٩٦) .

(٢) انظر آنفاً بقرة ١٣ .

« ٢ - ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل . وبشروط أهون » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - لا يصح أن تجاوز الكفالة ما هو مستحق في ذمة المدين ، ولا أن تعقد بشروط أشد . ٢ - ولكن تجوز الكفالة في جزء من الدين ، أو بشروط أخف . ٣ - ولا تكون الكفالة التي تعقد بشروط أشد صحيحة إلا في حدود الالتزام الأصل » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية ، و عدلت صياغة الفقرتين الأولى والثانية بما يحمل المعنى أكثر وضوحاً ، نصر النص ، تحت رقم ٨٤٩ في المشروع الهائى ، مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٧ : ثم لمس الشيخ تحت رقم ٧٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦١ - ص ٤٦٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص هذا المشروع : « يطابق النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى للإبطال ، وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٤٩٧ / ٦٠٦ من التقنين الحالى (السابق) . ولكن يزيد عليها أن للكفالة التي تعقد بمبلغ أكبر من الدين ، أو بشروط أشد من شروطه ، تكون صحيحة في حدود الالتزام الأصل . وهذا الحكم الأخير المعمول به في ظل التقنين الحالى (السابق) رغم عدم النص عليه . وهذه الأحكام جيداً ليست سوى تطبيق لما أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصل حتى يضمن بذلك حقه في الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسرى ، لولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٢ - ٤٦٣) .

وبقابل النص في التقنين السابق المادة ٤٩٧ / ٦٠٦ - ٦٠٧ : لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المطاوب من المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المعمول به . ولكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين ، وبشروط أخف من شروطه . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠١٣ : ١ - إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل وكفل به

أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ - وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل ، وإن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثانى ولا يتأجل على الأصيل .

م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل . إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

ويخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل ، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فإذا كان أشد أو أصبح أشد فإنه لا يكون باطلا ولكن يجب إنقاذه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول . ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول .

فلا يجوز أولاً أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . وعلى ذلك لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي . فإذا كان المستحق على هذا المدين ألفاً ، لم تجز كفالته في ألف ومائتين مثلاً . وإذا كان الدين الأصلي لا ينتج فوائد . لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما . وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة^(١) . وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول^(٢) ، ولا توفية التزام الكفيل في مكان أبعد من المكان الذي يوفى فيه الالتزام المكفول^(٣) . وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط ، لم يجز أن يكون التزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط^(٤) . وإذا كان الدين الأصلي مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً ، وإذا أجل الدائن المدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣ مدني عراقي) . وإذا كان الدين الأصلي ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون التزام الكفيل مدنياً ، بل يجب أن يكون التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول^(٥) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز أن يكون

= قانون المودجات والمقود البتاني م ١٠٦٤ : لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب

على المدينون الأصلي ، إلا فيما يخص بالأجل .

م ١٠٦٥ : يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أي أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين . ويجوز أن تنفذ على قسم من الدين فقط ، أو على شروط أشد عبثاً .

(١) جيوار فقرة ٦٢ - بودري وقال فقرة ٩٦٤ - ص ٥١٦ .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٢٣٠ م ٤٣ ص ٨٩ .

(٣) جيوار فقرة ٩٣ - بودري وقال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٤) جيوار فقرة ٦٤ - بودري وقال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٣ .

التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول من ناحية إذا كان أخف منه من ناحية أخرى . فيجوز أن يكون التزام الكفيل منتجاً لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من أجل الالتزام المكفول^(١) . ولكن لما كان يصعب موازنة التزام الكفيل بالالتزام المكفول ومعرفة أيهما أشد . فإن الأفضل الأخذ بالرأى الآخر والقول بأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول في أية ناحية من نواحيه^(٢) . ولكن يجوز . ما دام التزام الكفيل ليس أشد من الالتزام المكفول . أن يكون التزام الكفيل مضموناً برهن مثلاً حتى لو كان الالتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون برهن ولا بكفالة عينية^(٣) . وإذا كان التزام الكفيل مماثلاً للالتزام المكفول . ولكن الدائن بعد ذلك يخفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قرنه بشرط أو نزل عن جزء منه ، فإن التزام الكفيل يخف بالتدريج الذي خفف به الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل . بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول^(٤) . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٠ يتضمن فترة ثالثة في هذا المعنى تنص على ألا تكون « الكفالة التي تجاوز الدين المكفول . أو التي تعقد بشروط أشد ، صحيحة إلا في حدود الالتزام الأصلي » ، فحذف هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية »^(٥) . فإذا كان المستحق على المدين الأصلي ألفاً . وكفله الكفيل

(١) ترولون فقرة ١٠١ - برنسو ٩٥ - جيوار فقرة ٦٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن لا يجوز أن يشترط على الكفيل فوائد مركبة إذا كانت الفوائد على المدين الأصل بسيطة ، وأو كان ذلك في مقابل إعطاء أجل أطول للكفيل (نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٢٣٣ - بودرى وقال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٧) .

(٣) جيوار فقرة ١٤ وفترة ٦٤ - وبرانتون ١٨ فقرة ٣١١ وما بعدها - ترولون فقرة ١٠٨ وما بعدها - يون ٢ فقرة ٧٨ - اوران ٢٨ فقرة ١٦٢ - بودرى وقال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٨ .

(٤) يظهر أن القانون الروماني كان يقضى ببطلان التزام الكفيل كله ، إذا كان أشد من الالتزام المكفول ، أما القانون الفرنسي القديم فكان يقضى بإنقاص التزام الكفيل (بونيه فقرة ٣٧٥ - بودرى وقال فقرة ٩٦٩) .

(٥) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

في ألف ومائتين ، أنقص التزام الكفيل إلى ألف . وإذا كان التزام الكفيل ينتج فوائد في حين أن التزام الأصيل لا ينتجها . كان التزام الكفيل بدفع الفوائد دون التزامه بدفع أصل الدين هو الباطل . وإذا التزم الكفيل بدفع فوائد بسعر أعلى ، أنزلت الفوائد إلى السعر الذي التزم به المدين الأصلي . وإذا التزم المدين الأصلي بدفع فوائد بسيطة والتزم الكفيل بدفع فوائد مركبة . لم يدفع الكفيل إلا فوائد بسيطة كالمدين الأصلي . وإذا التزم الكفيل لأجل أقرب ، مد الأجل ليكون مساوياً لأجل المدين الأصلي . وهكذا .

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ، فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون . فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين ، أو في الدين دون فوائده وملحقاته^(١) ، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين^(٢) أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلي . وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، كان التزام الكفيل مؤجلاً دون الالتزام المكفول . ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شرط ، في حين أن الالتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط^(٣) . ويجوز أن يشترط الكفيل أن يكون الوفاء بالتزامه في موطنه ، في حين أن الوفاء بالالتزام المكفول يكون في مكان أبعد أو أكثر مشقة . كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلي إذا شهر إفلاس هذا الأخير^(٤) ، وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ من ٢٧٩ .

(٢) ريبب قاضي الموضوع فيما إذا كان المتعاقدان في عقد الكفالة قد نصدا أن تشمل الكفالة الفوائد والمصروفات أو لا تشملها ، ففسراً في ذلك إرادة المتعاقدين (أوبري ورو ٦ فقرة ٢٤٦ من ٢٢٤ - بودري وقال فقرة ٩٩٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٢) .

(٣) ويجوز للكفيل أن يؤجل الوفاء بالتزامه إلى وقت موته ، فلا تلتزم في هذه الحالة إلا تركته (نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٠٣) . ويجوز أن يقرن التزامه بأجل ، أو أن يجعل كفالاته مقصورة على الديون المعقودة في خلال أجل معين (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣) .

(٤) بواتيه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ - ٢ - ٤٠٥ .

بشهر الإفلاس في الاستئناف من شأنه أن يعبد الكفالة ، وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هي أيضاً شرطاً فاسحاً لالتزام الكفيل^(١) . ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته على منح الدائن للمدين أجلاً للوفاء^(٢) ، أو على وجود ضمانات أخرى للمدين غير الكفالة ، أو على استعمال المدين للمدين استعمالاً معيناً أو لغرض معين^(٣) . فإذا لم يتحقق الشرط في الأحوال المتقدمة ، زالت الكفالة^(٤) .

٣٦ - شمول الكفالة للملحقات الإلزامية المكفول - نص قانوني .

تنص المادة ٧٨١ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى . وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل^(٥) . »

-
- (١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .
- (٢) ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٥٠ - ٢ - ٢١ .
- (٣) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٨ .
- (٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .
- (٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٩ من المشروع التمهدي ذي وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٦٤ - ص ٤٦٦) .
- وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في خصوص هذا النص : « تنص المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ من التقنين الحالي (السابق) على أنه في حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن . ويباب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التي لا تشملها الكفالة ، وأنه يفتح بذلك مجالاً للشك والخلاف بشأنها ، مع أن التقنين الفرنسي تعرض لها صراحة (م ٢٠١٦) ، كما أن الثابت بإجماع الفقه والنقض (انظر دلي الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٦٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٨ - أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣) أن المشرع المصري لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل ، وهي التي يدخلها جميعاً التقنين الفرنسي (م ٢٠١٦) صراحة في نطاق الكفالة . وكان المشرع المصري إذن حين نص في المادة ٤٩٨ / ٦٠٨ دلي أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذي يذكر مقداره في العقد ، فإن -

ويفترض هذا النص أن الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة^(١) . وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كانت مسكوتاً عنها . ويراد تحديد مدى التزام الكفيل . ولا شك في أن التزام الكفيل في هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول ، مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول . وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته . كذلك يشملها التزام الكفيل . فيشمل فوائد

كثائمه لا تشمل الفوائد في المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ من ٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر في العمل ، لأنه قلما يفتل منه الدين عن اشتراط لفوائده . أما نص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٨ / ٦٠٨ مصري فلا صلة له مطلقاً بشروطها الأولى ، إذ هو يمرض للكتالة التضامنية ، وليس هنا نحن الكلام عنها . لذلك فصل المشروع أن يشمل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسي الإبطال . ويمتاز هذا النص بأنه فصل عن تحديد الملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يمتد النص الجديد في الوقت نفسه من المادة ٩٩٩ / ٦٠٩ من النقيض الحالي (السابق) ، لأن الكتالة التضامنية يرد الكلام فيها في باب الكفالة التضامنية على العموم » (مجموعة الأعمال الحضرية ٥ ص ٤٦٥) .

ويقابل النص في النقيض السابق المادة ٩٩٨ / ٦٠٨ : في جانة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكتالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

النقيض المدني السوري م ٧٤٧ (مطابق) .

النقيض المدني الليبي م ٩٩٠ (مطابق) .

النقيض المدني المصري م ١٠١٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود المدني م ١٠٦٦ : إذا لم تكن الكفالة محددة صراحة بمبلغ

تعين أو يحجز معلوم من الدين فإن الكفيل يضمن أيضاً بدل العطل والضرر والمصاريف التي حكم بها على المدين الأصلي لعدم تنفيذه الموجب . ولا يكون الكفيل مسئولاً عن الموجبات الجديدة التي عقدها المدين الأصلي بعد إنشاء الالتزام المكفول . غير أن إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما اتزمه المدين بسبب العقد ، كان مسئولاً كالمدين الأصلي عن جميع الموجبات التي يمكن أن يكون هذا المدين مسئولاً عنه بمقتضى العقد .

(١) أو كفل الالتزامات الناشئة عن عقد معين . وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦٦ لبيان على أنه « إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما اتزمه المدين بسبب العقد ، كان مسئولاً كالمدين الأصلي عن جميع الموجبات التي يمكن أن يكون هذا المدين مسئولاً عنها بمقتضى العقد » .

الدين^(١) ، والتعويض عن عدم التنفيذ^(٢) ومسئولية المدين العقدية . فمن كفل المستأجر مثلاً في عبارات عامة ودون قيد ، كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض . ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة^(٣) ، ولكن لا يشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الإيجار إلا بشرط صريح^(٤) . ومن كفل حساباً جارياً ، كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة^(٥) .

أما المصروفات فيضمنها الكفيل على الوجه الآتي : لما كان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين ، فمصروفات هذه المطالبة الأولى يضمنها الكفيل على كل حال . وما يتلو بعد ذلك من المصروفات لا يضمنها الكفيل ، إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطر الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى^(٦) . على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغاً فيها ، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها ، أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها^(٧) . ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين^(٨) .

(١) ويضمن الكفيل فوائد الدين - حتى لو شهر إفلاس المدين الأصلي ، فإن شهر الإفلاس لا يوقف الفوائد إلا بالنسبة لدائتي التفليسة (بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥) .

(٢) م ١٠٦٦ لبناني - بودري وقال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ - بلانيرل وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨١ هامش ٧ .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ - بودري وقال فقرة ٩٩٦ - بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٥) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ - بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٦) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ - ٢٨٠ - بودري وقال فقرة ٩٩٨ - بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ .

(٧) بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ هامش ١ - بودري ١٩ يولييه سنة ١٨٤٩ دالوز ١٨٥٠ - ٢ - ٥٩ .

(٨) بلانيرل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ - كولمار ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٩٦ .

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العتدية ، حتى في حالة فسخ العقد ، وحتى في حالة مسئولية المدين العتدية عن الغير ، وحتى او كان التعويض عن المسئولية محددًا في شرط جزائي ، وقد رأينا تطبيقًا لكفالة مسئولية المدين العتدية في كفالة مسئولية المستأجر عن الحريق^(١) .

ولكن الكفيل لا يضمن مسئولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ، ومن باب أولى لا يضمن مسئولية الغير التقصيرية^(٢) . على أن الكفيل لمول يضمن لمصلحة الضرائب ، فوق المستحق على الممول ، الغرامات التي توقع على هذا الأخير للغش^(٣) .

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير ، إذا تأخر المدين عن دفع المستحق في ذمته^(٤) . ويضمن الكفيل لفتح اعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ، ويدخل في ذلك السمسرة (commissions) التي تعتبر من ملحقات فتح الاعتماد^(٥) . كما يدخل ضمن الملحقات ، فيضمنها الكفيل ، مصروفات عقد الدين التي قدمها الدائن ، كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماة والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال^(٦) .

ولكن لا يضمن الكفيل الالتزامات التي نشأت عن سبب غير العقد المكفول ، فلا يضمن التعويض عن الضرر الذي أحدثه الشيء المرهون رهن حيازة ، ولا الغرامات التي تدفع على المحاسب الذي ضمنه الكفيل^(٧) ،

(١) بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٣١ .

(٣) بودري وقال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٤ .

(٤) جيوار فقرة ٧ - بودري وقال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٥) بودري وقال فقرة ٩٩٧ .

(٦) بودري وقال فقرة ١٠٠٠ - وإذا زور المدين عقد الكفالة ، فرفع الرقم الكفله الكفيل ، لم يكن الكفيل ملزمًا ، حتى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، إلا في حدود الرقم المكفول (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ سبريه ٨٨ - ١ - ٣٢٧ - بودري وقال فقرة ١٠٠٢) .

(٧) جيوار فقرة ٨٠ - بون ٢ فقرة ١٠٩ - بودري وقال فقرة ١٠٠٣ .

ولا الالتزامات التي عقدها المدين الأصلي بعد إنشاء الالتزام المكفول (م ١٠٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني) .

٢٧ - كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً فيما عدا استثناءات

معينة - نص قانوني : تنص المادة ٧٧٩ مدني على ما يأتي :

١ - كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ، ولو كان الكفيل تاجراً .

٢ - على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملاً تجارياً (١) .

ويخلص من النص المتقدم أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً . وتبقى الكفالة عملاً مدنياً ، بالنسبة إلى الكفيل (٢) ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول فكان الواجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً تجارياً كالتزام المكفول . بل تبقى الكفالة عملاً مدنياً ، حتى لو كان

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، بل أنه عرض على لجنة الاستاذ كامل صدق فقررت اللجنة حذفه . ولكن لجنة المراجعة أصادت النص المحذوف إلى المشروع النهائي تحت رقم ٨٤٨ ، لأن المسألة التي يعرض لها النص ، ل خلاف في القضاء وتندمى المصلحة جسم هذا الخلاف بنص تشريعي . ووافق مجلس النواب تحت رقم ٨٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٩ (مجموعة الأعمال التشريعية . ص ٤٥٨ - ٤٦١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٨ (مطابق) .

لتقنين المدني العراقي م ١٠١٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل .

(٢) ولكنها تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إلى الدائن إذا كان حقه تجارياً (نقض فرنسي

٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٨ - ١٧ ديسمبر ١٩٢٤ سيرة ١٩٢٦ - ١ -

٢٨٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

وتنص على أن « دفع قيمة الكمبيالة ، فضلاً عن كونه مضموناً تقبيلها وتحويلها ، يجوز ضمانه من شخص آخر ضماناً احتياطياً . ويكون ذلك بكتابة على ذات الكمبيالة أو في ورقة مستقلة أو بمخاطبة » . (٢) م ١٣٩ تجارى . وتنص على أن « الضمان الاحتياطى يكون عن الساحب أو الخيل . ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التى يلزم المضمون على سحبها ، ما لم توجد شروط خلاف ذلك بين المتعاقدين » . (٣) م ١٤٠ تجارى ، وتنص على أنه « لا يجوز تضامن صاحب الكمبيالة ضماناً احتياطياً أن يحتج بعدم عمل البروتستو ، إلا فى الحالة التى يسوغ فيها للساحب الاحتجاج به » . (٤) م ١٤١ تجارى ، وتنص على أنه « يلزم إعلان البروتستو إلى ضامن محيل الكمبيالة ضماناً احتياطياً ، كما يلزم إعلانه لنفس المحل المذكور ، وإن لم يحصل ذلك سقط حق الرجوع على الضامن » .

ولا حاجة إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن التزام الضامن الاحتياطى (aval) ، وهو كفيل للساحب أو للمحيل ، يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً .

(ثانياً) إذا كانت الكفالة ناشئة عن نظير (endossement) ، الأوراق التجارية ، وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الإذنية . ونصوص التفتيش التجارى فى هذه المسألة ، وهى لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذنى والشيك ، هى : (١) م ١٣٣ تجارى ، وتنص على أن « الكمبيالة المحررة لحاملها تنتقل ملكيتها بمجرد تسليمها . أما ملكية الكمبيالة التى يكون دفعها تحت الإذن ، فتنتقل بالتحويل » . (٢) م ١٣٧ تجارى ، وتنص على أن « صاحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن » .

ولا حاجة هنا أيضاً إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجارى . ويكفى هنا أن نقول إن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل ، والتحويل يتم بالنظير . وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر

كفيلًا بالتضامن مع المدين ، والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلًا يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً^(١) .

المبحث الثاني

الاتفاق بين الكفيل والدائن

(عقد الكفالة)

٢٨ - طرفا الكفالة الكفيل والدائن - نص قانوني :

نص المادة ٧٧٥ مدني على ما يأتي :

« تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضاً رغم معارضته »^(٢).

(١) وفي القانون الفرنسي تعتبر الكفالة تجارية ، إلى جانب هاتين الحالتين الاستثنائيتين اللتين نص عليهما التقنين المدني المصري ، إذا كان للكفيل فيها مصلحة تجارية (نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٤٠٣ - ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٥٢ - ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ١١٥ بودري وقال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣١ - ص ٦٣٢ - بلانيول وريبير ومائاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

(٢) قارن النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٤ من المشروع التمهيدي مل الوجه الآتي : « تصح كفالة المدين بغير أمره ، بل تصح - حتى بدون علمه - . وعدلت لجنة المراجعة النص ، تحت رقم ٨٤٤ في المشروع النهائي ، فأصبح مطابقاً عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤٥ - ص ٤٤٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧١٢) . وهي تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصري (م ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) ، وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما دون حاجة لرضا المدين أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة في بيان أن المشرع المصري خرج في هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الخيران) ، وهي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم علمه ورضاه من حق الرجوع عليه (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة : وتجوز الكفالة بالمدين بدون علم المدين بها .

والسبب في ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه . فالمطلوب إذن هو رضا الكفيل والدائن طرفي العقد ، ولا حاجة إلى رضا المدين . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة ، ما دامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما ، دون حاجة لرضا المدين أو علمه » (١) . فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، وذلك دون إذن من المدين . بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، دون علم المدين . وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، وذلك بالرغم من معارضة المدين . والفرق ما بين هذه الصور المختلفة لا يكون في انعقاد الكفالة ، فهي تنعقد في جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتي الكفيل والدائن كما سبق القول . وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفي عنه الدين ، كما سنرى . فإذا كانت الكفيلة قد عقدت بإذن المدين ، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة . وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، ولكن دون إذنه ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة . وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب (٢) .

== ايقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والمقرود اللبناني م ١٠٦٢ : تجوز كفالة الموجب بدون علم المدين

الأصل ، وبالرغم من مثبته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المدين الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط .

(١) انظر نفس الفقرة في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٩٥ مدني (قديم) صريح في أن الكفالة

تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين ، فبيان إذن إن كان راضياً بها أم غير راض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ مائاً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ١) .

و"ظاهر أن الكفيل لا يرجع على المدين في التقه الخلق إلا إذا عقدت الكفالة بالمس المدين ، فقد جاء في المادة ٩٨٢ من مرشد الحيران : « إذا أئى الكفيل ما كئل به من =

على أن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين ، بل بناء على طلبه إذ أن الكفيل إنما يتقدم لمساعدته بكفالاته ، فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين بوجهه إلى الكفيل ليكفله . فإذا رضى الكفيل بكفالاته ، عقد الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين ، أو كما يقع في كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل^(١) . فإذا ما فعل شيئاً من ذلك ، ثم وفى الدين عن المدين ، رجع عليه بدعوى الوكالة ، إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالاته يعتبر توكيلاً له في الكفالة . وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين وقت الكفالة أو ثقل من ذلك ، فيكفل الكفيل المدين متضامناً معه ، وللکفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن سيأتي ذكرها . والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين ، وسيأتي أيضاً بيان حكم الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين . وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين في وقت واحد ، فيكون كل من الكفلاء والمدين متضامناً مع الآخرين ، وفى هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذم كفلاء متعددين ، ويجعل هذه الذم جميعاً ومنها ذمة مدينه متضامنة .

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق (certificateur) فيكون هناك عقدان ، إحداهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد ، والثاني بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بوجه كفيل الكفيل الكفيل ، وينزل

ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصل إن كانت الكفالة بأمر الأصل . وفى قانون الموجبات والمقود البناني لا يرجع للكفيل على المدين بشئ إذا عقد الكفالة بالرغم من منع المدين الصريح ، فقد جاء في المادة ١٠٦٢ من هذا القانون : « تجوز كفالة الموجب بدون علم من المديون الأصل ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط » .

(١) ولكن مجرد توقيع شخص إلى توقيع المدين ، دون بيان الصفة التي كان بها هذا التوقيع ، لا يكتفى لحمله بل أنه توقيع كفيل ، إذ قد يكون الشخص قد وقع كشاهد لا كفيل (بودرى وقال فقرة ٩٢٩ من ١٩٢٣) .

منه منزلة الكفيل كما ينزل الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلي .
وسياتى فيما يلى حكم كفيل الكفيل^(١) .

٢٩ - التراضى بين الكفيل والدائن : ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن كما قدمنا ، فإنها تقتضى التراضى بين الكفيل والدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي . ولا يكفى رضا الكفيل وحده ، بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضا الدائن بالكفالة ولو رضا ضمناً^(٢) . وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالاته كما هو الغالب ، وذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضا الموهوب له .

أما رضا الكفيل فجوهري ، لأن الكفيل هو الذى يلزم بعقد الكفالة . ولا بد أن يرضى الكفيل بالكفالة ، ويعبر عن هذا الرضا تعبيراً واضحاً . فجرد توصية شخص للدائن بأن يتق بمدينه لأن هذا المدين ملئ ولأنه يبادر إلى تنفيذ التزامه ، حتى لو كانت هذه التوصية قد أنت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا يعد رضا من هذا الشخص بكفالة المدين إذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضا واضحاً ، وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة^(٣) . ولكن إذا كانت هذه التوصية خاطئة عن عمد أو عن رعونة وتسرع ، وتبين أن المدين غير ملئ أو لا يستحق هذه التزكية ، فإن الشخص الذى صدرت منه هذه التوصية ، دون أن يكون ملزماً ككفيل ، يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية نحو الدائن الذى اعتمد على توصيته وتعامل مع المدين^(٤) . على أن رضا الكفيل بالكفالة قد يتخذ أية صورة من الصور ما دام رضا واضحاً ، فقد يبرم الكفيل عقد كفالة بينه وبين الدائن ، وقد

(١) انظر ما يلى فقرة ٥٢ .

(٢) ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل رضا ضمناً بالكفالة (جيوار فقرة

٤٣ - بودى وقال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٤) .

(٣) بودى وقال فقرة ٩٢١ وفقرة ٩٢٩ - بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة

١٥٢٠ ص ٩٧٢ - وانظر أيضاً لوران ٢٨ فقرة ١٥٤ وما بعدها - جيوار

فقرة ٢٩ .

(٤) بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

تمضي سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين كما سبق القول ، وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين . وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأي تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة^(١) . فيكتب ابن المدين للدائن مثلاً أن ما يلتزم به أبوه نحو الدائن أمر مقدس عنده لا يجب عنه ويقوم هو بتنفيذه ، فيعتبر هذا تعبيراً كافياً عن رضا الابن بكفالة أبيه^(٢) . ورضا الكفيل بالكفالة رضا واضحاً لا يجعل فحسب الكفيل ملتزماً بكفالته ، بل أيضاً يميز الكفيل عن مدين أصلي التزم مع المدين الأصلي بالتضامن . وذلك حتى لو التزم الكفيل بالتضامن مع المدين الأصلي ، فهناك فرق بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين الأصلي المتضامن مع مدين أصلي آخر^(٣) .

ويصح أن يتم التراضي بين الكفيل والدائن ، لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة . فيعد الملتزم الدائن بأن يكفل الدين الذي لم يترتب بعد في ذمة المدين . فإذا ما ترتب الدين في ذمة المدين ، وجب على الواعد

(١) بودري وقال نقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه نقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٩٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه نقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ هامش ١ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن جسارة الخطر الذي ينشأ عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار انفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهو يستدعي مراعاة حاله عملاً بأحكام المادة ١٣٥ من القانون المدني (قديم) . فإذا كان الكفيل قد دفع بطلان الكفالة للإكراه ، قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فنجاً إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد مئاضاً من القبول . فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر في إدارة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يعيب رضاه بكفالة أخيه ، فهذا رد شديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند يحكم كونه وأخته لا يد للمكفول له فيها لا يكون الإكراه المبطل للمقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٢) .

كفالاته ، فإن لم يكفله أجبر على ذلك ، وصدر حكم من القضاء باعتبار الواعد كفيلاً للمدين تسرى عليه جميع أحكام الكفالة^(١) . ولكن لا بد من أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة ، وقبل قبول الدائن لا يكون هناك لا كفالة ولا وعد بالكفالة . أما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن ، وقبله المدين ، جاز للدائن أن يستخلص من ذلك اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الاشتراط . إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده . وأهمية هذه الصورة في العمل هي في أن المدين يستطيع أن يحصل من شخص على وعد بالكفالة ، حتى قبل أن يعرف الدائن وقبل أن ينشأ الدين ، فإنه يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معلوم وغير معين^(٢) .

٣٠ - شكل الكفالة : الكفالة من عقود التراضي لا يشترط في انعقادها شكل خاص^(٣) ، بل كل تعبير عن الإرادة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفي لانعقادها ، وقد تقدم بيان ذلك .

غير أن هناك فرقاً بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن . فالكفيل عادة متبرع ، فيجب أن يكون رضاؤه واضحاً كما سبق القول . وكثيراً ما يتورط الكفيل في التزامه بالكفالة ، ويخيل إليه عند الإقدام عليها أن المدين الذي كفله سيقوم بتنفيذ التزامه . ثم ما يلبث أن يتبين أن المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه ، إما من الوقت الذي أصبح فيه مديناً أو بعد ذلك لظروف جدت ، فيرجع الدائن على الكفيل ليقوم عن المدين بوفاء الالتزام . وقد يعرض الكفيل نفسه لخسارة كبيرة ، بل قد يعسر أو يفلس كنتيجة مباشرة

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ - وانظر جيوار فقرة ٢٨ - بودرى وقال فقرة ٩٢٧ - وقد نصت المادة ١٥٦٠ من قانون الموجبات والعقود البناني على « أن التمهيد بكفالة شخص ليس بكفالة ، بل أنه يحق للمتمهد له أن يطالب بإتمام الكفالة ، ولا كان له أن يطالب ببطل العطل والضرر » .

(٢) بودرى وقال فقرة ٩٢٨ - عبد الفتاح ص ٢٣ فقرة ٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ - ١ - ٣٥٣ - ٢ ن ٢ فقرة ٩١ - تزولون فقرة ١٣٥ - أوبري ودر ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ وهاش ١ و ٢ - بودرى وقال فقرة ٩٢٦ .

لكفاله مديناً معسراً . لذلك تعبر الناس عن هذه الحقيقة التي تقع كثيراً في العمل بقولهم « الضامن غارم » . من أجل ذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضا الكفيل بالكفالة رضاً صريحاً (expres) . فلا يصح أن يستخلص رضاه ضمناً من الظروف ، فنصت المادة ٢٠١٥ من هذا التقنين على أن « الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة . ولا يجوز التوسع فيها إلى أبعد من الحدود التي عقدت الكفالة في نطاقها » . والمقصود بالكفالة في النص هو دون شك رضا الكفيل لا رضا الدائن ، فالكفيل هو الذي يتعرض لمخاطر الكفالة في حين أن الدائن يجني فائدتها . لذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضا الكفيل بالكفالة وتعرض نفسه لمخاطرها رضاً صريحاً . ولا يكفي الرضاء الضمني . ولم يرد في التقنين المدني المصري نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ فرنسي . لكن لا شك في أن رضا الكفيل بالكفالة في القانون المصري يجب أن يكون واضحاً وضوحاً كافياً كما سبق القول ، فإذا غم الأمر وجب التسليم بأن رضا الكفيل لا يعتد به لأنه غير واضح (١) .

وهذا بخلاف رضا الدائن ، فإن الكفالة تكون عادة لمصلحته . لذلك لا يشترط في رضائه أن يكون صريحاً ، بل ولا أن يكون واضحاً . فيكفي استخلاص هذا الرضاء من الظروف والقرائن ، ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولاً ضمناً . وقد قضى بأنه يعتبر رضا ضمناً من الدائن بالكفالة احتفاظه بسندها ، وتنفيذ هذا السند على الكفيل (٢) .

(١) هذا إلى أن القانون المصري ، كما سنرى (انظر فقرة ٣١) ، لا يميز إثبات التزام الكفيل إلا بالكتابة ، وفي كتابة التزام الكفيل ضمان كاف لحمله واضحاً ، بل لحمله صريحاً . وقد استعاض التقنين المدني المصري عن اشتراط جعل رضا الكفيل صريحاً ، بجعل إثبات هذا الرضاء بالكتابة . وينسب بعض الفقهاء في مصر إلى وجوب أن يكون رضا الكفيل صريحاً ، ولو لم يوجد نص على ذلك (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩ - سليمان مرقس فقرة ٧ و فقرة ٢٠ - محمد علي إمام فقرة ٢٧ ص ٤٨ - عكس ذلك جمال الدين زكي فقرة ٢٧ ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢ ص ٢٨ - ص ٢٩) .

(٢) شامبري ١٥ يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٢٤١ - بودري وقال

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية ، كميالة أو سند إذن . والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلي لا التزام كفيل تابع (١) ، ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن على أن يوقع له كميالة أو سنداً إذنياً على سبيل الكفالة (٢) . ويكون الكفيل في هذه الحالة متضامناً مع المدين ، ولكن تسرى عليه أحكام الكفيل ، وبخاصة في الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفي الاحتجاج على الدائن بقدر ما أضاعه هذا خطأه من الضمانات (٣) . ويلاحظ أن محيل الورقة التجارية والضامن الاحتياطي إنما هم كفلاء متضامنون مع المدين ، وقد تقدم ذكر ذلك (٤) . وائتزام الكفيل بموجب ورقة تجارية يكون التزاماً تجارياً لا مدنياً . فيكون سعر الفائدة التأخيرية هو السعر التجاري (٥ ٪) أو يكون الاختصاص للقضاء التجاري ، ولا يستطيع الكفيل بالورقة التجارية أن يحتج على الدائن بالدفع التي يحتج بها المدين الأصلي (٥) . وقد تتخذ الكفالة شكل الاشتراط لمصلحة الغير ، فيتفق المدين مع الكفيل على أن الثاني يكفل الأول ، فيلتزم الكفيل بذلك . ويستخلص الدائن من هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحته فينولد له حق مباشرة من هذا الاشتراط يستطيع أن يتمسك به ، فيطالب الكفيل بكفالة الدين . ويمكن ، عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو ، كفالة دين مستقبل قبل أن يعرف الدائن (٦) .

- (١) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ١٢ .
 (٢) نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ١١٧ .
 (٣) نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٤٥ - ولكن انظر عكس ذلك نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ J. C. P. ١٩٥٣ - ٢ - ٧٥٨٨ .
 وبشرط أن كل حال أن يعلم حامل الكميالة أو السند أن الموقع إنما هو كفيل لا مدين أصل (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨ هامش ٥) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

- (٥) ولا يعتبر ضامناً احتياطياً (aval) من وقع على ورقة كفالة لأحد المصارف ، إذا لم يبين طبيعة الأشياء والتاريخ والقيمة . فلا يجوز إذن ، إذا لم يفعل ذلك ، أن يطبق هاية القواعد الخاصة بالضامن الاحتياطي ، ومنها مقدار سعر الفوائد (نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ٧٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨) .

- (٦) انظر آنفاً فقرة ٢٩ في آخرها - يودري وثال فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٧٣ .

٣١ - إثبات الكفالة - نص قانوني : تنص المادة ٧٧٣ مدني

على ما يأتي :

« لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١١٣ بكرة من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد . ودانقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه لمس النواب تحت رقم ٨٤١ ، ثم لمس الشيوخ تحت رقم ٧٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لم يعرض التقنين المصري (السابق) ، جرياً على منوال التقنين الفرنسي ، لإثبات الكفالة ، بل تركه للقواعد العامة . أما التقنينات الحديثة (كالقنين الألماني م ٦٦٧ والقنين السويسري م ٤٩٣ والقنين البولوني م ٦٣١) ، فإنها تتطلب في باب الكفالة الدليل الكتابي . وواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة في الإثبات لأن التزام التكفل هو أساساً من الالتزامات الشرعية ، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع . وقد يكون من المصير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ، ونوع كفاله ، من طريق شهادة الشهود وحدها . والمك فلما تم الكفالة عملاً بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينه . فلهذه الأسباب قرر المشرع ، حماية للكفيل ، عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة . ويلزم الإثبات الكتابي ، حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه . وربما يترتب البعض على ذلك بأن الكفيل ، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن ، في حين أنه في رجوعه على المدين قد لا يستوفى منه شيئاً لمجزئه عن إثبات الالتزام الأصلي بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جد في الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادي ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمآن على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفي جميع هذه الحالات تكون للكتابة مثبتة لدين الأصلي ، ومثبتة أيضاً للكفالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، فكانت الكفالة خاصة للقواعد العامة من حيث الإثبات .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٣٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

ويخلص من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل^(١) ، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة . لذلك ليست الكفالة بعقد شكلي بل هي عقد رضائي كما قدمنا ، والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل . والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل . حتى لو كان الالتزام المكفول يثبت بالبينه بأن كان مثلاً عشرين جنياً فأقل . كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام عشرين جنياً فأقل ، حتى لو كان الالتزام الأصلي أكثر من عشرين جنياً ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا عشرة جنيات فأقل . ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يجوز الإثبات بالبينه إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين ، وهدان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة^(٢) .

والسبب الذي دعا المشرع المصري إلى التشدد في إثبات رضا الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذي دعا المشرع الفرنسي إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحاً : خطورة الكتابة وضرورة التروى قبل الإقدام عليها^(٣)

والإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن . أما فيما بين الكفيل والمدين ، عندما يريد الأول الرجوع على الثاني بعد أن يني بالالتزام ، فلا تشترط الكتابة ، ويخضع الإثبات هنا للقواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينه

= قانون الموجبات والمقود الثاني م ١٠٥٩ : الكفالة لا تقدر تقديرأ ، بل يجب أن تنجل إرادة الكفيل من الصك صراحة . (وهذا منكم بمثل حكم التقنين المدني الفرنسي ، إذ يشترط صراحة رضا الكفيل ، ولكن هذا الرضاء خاص للقواعد العامة من حيث الإثبات) .

(١) كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ ص ٧٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠ .

(٣) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٢٦ - ٤٢٧ ، وأنفاً نفس الفقرة في الهامش .

والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنباً فأقل^(١) . كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضرورياً حتى فيما الكفيل والدائن ، ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن . إذا كان التزام الكفيل تجارياً^(٢) ، وقد رأينا متى يكون التزام الكفيل تجارياً^(٣) .

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير ، كما إذا وفي الكفيل الدين وحل محل الدائن في رهن رسمي مثلاً وكان هناك دائن مرتين تال في المرتبة^(٤) .

٣٢- أهلية الكفيل : ولا كان الكفيل يلتزم عادة متبرعاً . فإنه

يجب أن يكون متوافقاً فيه أهلية المتبرع . فالكفيل المتبرع كالمقرض المتبرع الذي لا يتقاضى فائدة على القرض ، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع^(٥) . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً ، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة . بل لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية ، حتى بإذن المحكمة ، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه ولو بإذن المحكمة . إلا لواجب إنساني أو عائلي . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

أما إذا كانت الكفالة بمقابل ، سواء كان المقابل من المدين أو الدائن ، وهذا نادر ، فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، وذلك قياساً على المقرض بفائدة . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف ، وقد يملك أهلية الإدارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة

(١) بودري وقال فقرة ٩٣٣ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ ص ٧١ .

(٢) بودري وقال فقرة ٩٣٣ - بلانويول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٤) بلانويول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٥) الوسيط ٥ فقرة ٢٨٢ ص ٤٣٧ .

للإبطال إلى أن تجاز . ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه . على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحد أو إلى الوصى أو إلى القيم بإذن المحكمة . وغنى عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير محجور عليه . فإنه يملك الكفالة بمقابل . لأنه يملك الكفالة التبرعية فأولى أن يملك الكفالة بمقابل (١) .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك . سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكتل الشركة التى هو شريك فيها . كما يجوز للشركة أن تكفله (٢) .

وإذا أعطى الكفيل توكيلاً لشخص بكفالته . وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحددأى مذكوراً فيه التوكيل فى الكفالة إذا كانت الكفالة تبرعية . أو وجب أن يكون التوكيل خاصاً إذا أخذ الكفيل مقابلاً لكفالته (٣) . والتوكيل فى الكفالة المدنية لا تتضمن التوكيل فى كفالة تجارية كالضمان الاحتياطى . كما أن التوكيل فى كفالة تجارية لا تتضمن التوكيل فى كفالة مدنية (٤) .

أما الدائن ، وهو الطرف الآخر فى الكفالة . فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد ، فيكفى أن يكون مميزاً إذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة إليه لأنها

(١) وفى القانون الفرنسى يجب أن يتوافر فى كمبر أهلية الالتزام تبرعاً . ويذهب بعض النقهاء إلى وجوب توافر أهلية الالتزام بحسب (أوبر - دور - ٦ - فقرة ٤٢٤ - ص ٢٧٤ - بودر - وقال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) . ويذهب بعض آخرون إلى وجوب توافر أهلية التصرف تبرعاً (لوران ٢٨ فقرة ١٦٠) ، وعلى كل حال تكون أهلية الالتزام بحسب إذا أخذ الكفيل مقابلاً لكفالته من الدائن أو من المدين لأصل (حيوار فقرة ٤٥ - فقرة ٤٦ - بودر - وقال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) .

وانظر پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ . وانظر فى هلية الكفيل فى القانون الفرنسى بودرى وقال فقرة ٩٣٥ - فقرة ٩٤١ .

(٢) پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧١ .

(٣) پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ .

(٤) پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ - باريس ٩ فبراير سنة

١٩٤٥ - جازيت دي پاليه ١٩٤٥ - ١ - ١٨٩ .

تتمحض لمصلحته . فإذا دفع مقابلاً للكفيل من أجل كفالته ، وجبت فيه أهلية التصرف .

٣٣ - عيوب الرضاء في الكفالة : وتسرى في عيوب الرضاء في

الكفالة القواعد العامة^(١) . وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين الذي يكفله ، كأن يعتقد أنه يكفل كفالة مدنية ديناً مدنياً فإذا بالدين التزام طبيعي . وإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل ديناً لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها ، أو لا ينتج إلا فوائد بسيطة فإذا به ينتج فوائد مركبة . أو ينتج فوائد بسعر معين فإذا به ينتج فوائد بسعر أعلى ، جاز انقاص التزام الكفيل إلى الحد الذي اعتقده . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق القول إن الكفيل وقع في غلط جوهري فتكون الكفالة قابلة للإبطال ، ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ٢/١٢٤ مدني) .

وتكون الكفالة قابلة للإبطال إذا شاب رضاء الكفيل تدليس ، كأن أوهمه الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلي فإذا به غير ملء^(٢) ، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل فإذا بهذه الضمانات غير موجودة أو باطلة .

ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه ، فتكون قابلة للإبطال ، إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله في دين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين . وذلك إذا كان الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها^(٣) .

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ - نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ سيرييه ١٩٠٢ - ١ - ٣٣١ - وانظر في عيوب الرضاء في الكفالة أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤ - بودري وفال فقرة ٩٤٢ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ .

(٢) رن ١٤ يونيو ١٩٥١ دالوز ١٩٥٢ - ٧١٢ .

(٣) للوسط ١ فقرة ١٩٧ - ويطبق في كل عقود الكفالة وفي السبب في عقد الكفالة =

٣٤ - الكفالة المعلقة على شرط أو المفترة بأجل : وقد تعلق الكفالة على شرط واقف أو على شرط فاسخ أو تفرن بأجل واقف أو بأجل فاسخ ، فتسرى القواعد العامة في خصوص الشرط والأجل . وقد نصت المادة ١٠٠٩ مدني عراقي على ما يأتي : ١ - تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له . ٢ - ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل . ونصت المادة ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أي أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين » .

والمفروض هنا أن الالتزام الأصلي ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فيكون التزام الكفيل مثله معلقاً على نفس الشرط أو مضافاً إلى نفس الأجل ، بل إن الالتزام الأصلي التزام منجز والتزام الكفيل هو وحده المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل .

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها ، ويكون الشرط هنا واقفاً إذا كانت الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات ، أو فاسخاً إذا نفذت الكفالة في الحال بشرط أن يرهن الدين الأصلي عقاراً له في الدين فإذا لم يرهنه تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة . وقد يعلق الكفيل التزامه

= القواعد العامة . وفيما يتعلق بالسبب، سبق أن قررنا عند الكلام في الالتزام المجرد ما يأتي : ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتسكك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتسكك بها ضد المدين . فإذا كفّل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يشغل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ - أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠ هـ (الوسيط ١ فقرة ٢٨٧) - وانظر في مسألة السبب في عقد الكفالة سليمان مرقس فقرة ٣٨ - فقرة ٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ .

وانظر أوبر ورو ٦ فقرة ٤٦٦ ص ٢٨٥ وهامش ١٩ (٢) - كابيتان في السبب في الالتزام فقرة ١٨٤ - بيدان وفواران فقرة ٧٥ .

على شرط واقف هو ألا يكون المدين الأصلي قد شهر إفلاسه^(١) ، وفي هذه الحالة يبحث قاضي الموضوع فيما إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التسوية القضائية مماثلة للإفلاس^(٢) ، وفيما إذا كان حكم الإفلاس إذا أنفى في الاستئناف لا يجعل الشرط الواقف يتحقق^(٣) . وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط فاسخ ، هو أن يستعمل المدين القرض الذي اقترضه استعمالاً معيناً أو لغرض معين ، فإذا لم يفعل تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة^(٤) .

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف ، فلا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين^(٥) . وقد يقرن كفالته بأجل فاسخ ، فلا يكفل المدين إلا في الديون التي يعقدها في وقت معين ، فإذا انقضى هذا الوقت لا يعود الكفيل ضامناً للديون التي يبرمها المدين بعد انقضاء هذا الوقت^(٦) .

٣٤ - لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعد الكفالة : وإذا

انقضت الكفالة وتحدد مركز الكفيل ، فلا يجوز للمدين الأصلي بعمله أن يسوئ هذا المركز ، أو يزيد في عبء التزام الكفيل . فإذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط وانفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام منجزاً ، بنى التزام الكفيل كما كان معلقاً على هذا الشرط ولا يسرى في حقه نزول المدين عنه . وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله ،

(١) إواتيه ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ٢ - ٤٥٥ .

(٢) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٢١٤ .

(٣) إواتيه ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٨ - ٢ - ٤٥٥ (وهو الحكم السابق الإشارة

إليه) - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٨٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٤٨ - بلانيول

وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٨٣ .

(٥) وقد يؤجل الكفيل التزامه ككفيل إلى وقت موته ، فتكون تركته هي الملتزمة

(نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٢٠٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه

فقرة ١٥٢٣ ص ٨٩٣) .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٨٣ .

بقي الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل^(١) . وإذا انتق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين . فإن هذا الاتفاق لا يسرى في حق الكفيل . فلا يرغم على وفاء الدين إلا عند حلول هذا الأجل . وإذا انتق المدين مع الدائن على زيادة سعر الفائدة في مقابل مد الأجل . لم يسر هذا الاتفاق في حق الكفيل . ويبقى هذا ملتزماً بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة . ولا يتمسك بمد الأجل . فإذا ما طالبه الدائن بالوفاء عند حلول الأجل قبل مده . جاز له أن يطلب من المدين أن يني بالدين للدائن^(٢) .

وعلى العكس من ذلك . إذا تحسن مركز المدين . جاز للكفيل أن يفيد من هذا التحسن . فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل . أفاد الكفيل من مد الأجل . وجاز له أن يتمسك بالأجل الجديد . وإذا نزل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة . جاز للكفيل أن يفيد من كل ذلك . فلا يدفع للدائن إلا ما أصبح المدين ملتزماً به بعد نزول الدائن عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو بعد إنقاص سعر الفائدة^(٣) .

٣٦ - مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة : وقاضى الموضوع هو

الذى يحدد مدى التزام الكفيل ويمسر عقد الكفالة في هذا الحصرص . وهو في تحديد مدى التزام الكفيل يقضى في مسألة موضوعية فلا رقابة عليه من محكمة النقض . على أنه في تفسير الكفالة بتشديد بقاعدة قانونية لمحكمة النقض حق الرقابة عليها . وهى تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع . فعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه في أصيق نطاق

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٩ - بيدان وفواران فقرة ٩٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩٣٥ - نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٥ .

(٢) لكن إذا ضمن الكفيل تنفيذ العقد . كان مسئولاً عن التعويض الذى قد يجب على المدين الأصلي دفعه (بلانيول وسافاتييه وريبير فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤) .

(٣) بيدان وفواران ١٣ فقرة ٩٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ - ليون ٩ يناير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩١٠ - ٥ - ١ .

تتحمله عبارات الكفالة^(١) . وكانت القاعدة التي تقضى بتفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً معروفة في القانون الفرنسى القديم ، فكان يقال إنه لا يجوز التوسع في تفسير الكفالة لا من حيث الشيء ولا من حيث الشخص ولا من حيث الزمن^(٢) . وهذا كله حماية للكفيل الذى كثيراً ما يتورط في الكفالة كما قدمنا ، وقد أملى هذه القاعدة نفس الاعتبارات التي قضت بأن يكون رضا الكفيل صريحاً في التقنين المدنى الفرنسى ، وقضت بأن يكون إثبات التزام الكفيل بالكتابة في التقنين الملى المصرى ، فيما رأينا .

فإذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين ، لم يجوز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى . وعلى ذلك إذا كفل الكفيل المستأجر في دفع الأجرة ، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة ، ولم يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة من عقد الإيجار كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق^(٣) . وإذا كفل الكفيل أصل الدين لم يمتد كفالته الى فوائد الدين ، وإذا كفل الفوائد بسيطة لم يكفلها مركبة^(٤) .

وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد لعاية مبلغ معين ، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة^(٥) .

(١) انظر في ذلك نقض فرنسى ٣ يولييه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ١ - ٢٢٠ - ١٥
نوفبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ١١٩ - ١٦ يولييه ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٩٨
أوبر ورو ٦ فترة ٤٢٦ ص ٣٧٨ هامش ١ - بودرى وقال فترة ٩٩٤ - بلانيول
وريبير وسافاتييه فترة ١٥٢٩ .

(٢) أدبرى ورو ٦ فترة ٤٢٦ ص ٣٧٨ هامش ١ - محمد كامل مرسى فترة ٥٢ -
فترة ٥٤ - عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٥٣ - فترة ٥٦ - سليمان مرقس فترة ٤٣ -
فترة ٤٧ .

(٣) بون ٢ فترة ١٠٤ - لوران ٢٨ فترة ١٧٥ - جيوار فترة ٦٩ - بودرى وقال
فترة ٩٩٤ ص ٥٣٢ .

(٤) بون ٢ فترة ١٠٤ - ديرانتون ١٨ فترة ٢٣٠ - ترولون فترة ١٤٩ - جيوار
فترة ٦٩ - أدبرى ورو ٦ فترة ٤٢٦ ص ٣٧٩ وهامش ٢ - بودرى وقال فترة ٩٩٤ .

(٥) نقض فرنسى ١٦ نوفبر سنة ١٨٨٦ جازيت دي پاليه ٨٧ - ١ - ٥٦ - جيوار
فترة ٦٩ - بودر وقال فترة ٩٩٤ ص ٥٣٣ هامش ١ .

وإذا كفّل عقد إيجار . لم يكفل عقد إيجار يتلوه . ولو كان التجديد تسمى (facile reconduction) ^(١) .

ومن كفّل قرضاً معيناً . لم يكفل قرضاً قبله أو قرضاً بعده ^(٢) .

ومن كفّل شخصاً فيما يترتب في ذمته من التزامات . لم يكفل الالتزامات الماضية التي ثبتت في ذمته وإنما يكفل الالتزامات المستقبلية ^(٣) . ولكن قاضي الموضوع قد يجد في ظروف القضية ما يجعل واضحاً أن الكفيل أراد أيضاً كفالة الالتزامات الماضية ^(٤) .

وإذا كان هناك شك فيما إذا كان الكفالة محددة أو غير محددة . وجب اعتبار الكفالة محددة ^(٥) .

وإذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل بالترخيص له في إدخال المدين ضامناً بعد أن أثبت تنازل الدائن عن نخاصة المدين . ولم يكن في حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ، ولم يقدم الكفيل أمام محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف .

(١) أوبري وردد ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ - بودري وقال فقرة ٩٩٦ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ - محمد كامل مرسي فقرة ٥٢ .

(٢) جيوار فقرة ٦٩ - بودري وقال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ - ١ - ١١٩ - ٢٣ باير سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ٩٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٤) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٧ - ١ - ٣٩٧ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٩ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ - وانظر أوبري وردد ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ .

(٥) لوران ٢٨ فقرة ١٧٠ - جيوار فقرة ٦٧ - بودري وقال فقرة ١٠٠٤ - ويعتبر تفسيراً لنية المتعاقدين ، أي مسألة موضوعية . ما إذا كان الكفيل قد أراد الالتزام الأصل الموجود وقت أن عقد الكفالة ، أو أراد مجاوزة ذلك والالتزام بجميع امتديدات التي زادت فيما بعد من هذا الالتزام الأصلي (بودري وقال فقرة ١٠٠٤) .

فلا يجوز له الإدلاء به أمام محكمة النقض مدعيا وقوع إخلال بحقوقه في الدفاع^(١).

وورثة الكفيل يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائي ، فتي ثبت في استئنافهم أن الدين المطالب به من مال المدين ، امتنع الرجوع على ورثة الكفيل^(٢).

(١) نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما الجزء الثاني ص ٩٣٩ رقم ١٨ .

(٢) نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما الجزء الثاني ص ٩٣٩ رقم ١٩ .

المطلب الأول

الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٣٩ - متى يطالب الدائن الكفيل : يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين . والدين المكفول يكون عادة ديناً مؤجلاً ، ويكون التزام الكفيل مؤجلاً مثله ، ويحل الالتزامان في وقت واحد ، ففي هذا الوقت يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين^(١) .

ولكن قد لا يحل الالتزامان في وقت واحد . فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام الأصيل^(٢) ، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد أجل لكل من الالتزامين وأجل التزام الكفيل أقصر ، أو لأنه حدد أجل واحد لكل من الالتزامين ولكن الالتزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضي . وفي الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصيل ، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً في العبء للالتزام الأصيل ، بأن يمتد أجل التزام الكفيل حتى يساوى أجل الالتزام الأصيل أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل الالتزام الأصيل فيمتد أجل التزامه بالقدر الذي امتد به أجل الالتزام الأصيل^(٣) .

أما إذا حل الالتزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فهذا جائز ، لأن التزام الكفيل قد يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصيل ، ويتحقق ذلك فيما إذا حدد أجل لالتزام الكفيل أطول من أجل الالتزام الأصيل ، وعند ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين

(١) جيوار فقرة ١١٧ - فقرة ١١٨ - بودر وقال فقرة ١٠١٣ ص ٥٤١ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٢ - به دري وقال فقرة ١٠١٨ .

(٣) أنظر بودري وقال فقرة ١٠١٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ ص ٩٨٤ - ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلي وينفي بالدين عند حلول هذا الأجل إذا كانت له مصلحة في ذلك ، كأن يستطيع الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلي ولو انتظر حلول الأجل الجديد الممتد فقد يضر المدين أو يزيد إضراره (منصور مصطفي منصور فقرة ٢٨ ص ٥٣) .

قبل أن يخل الأجل المحدد لالتزامه . حتى لو حل أجل الالتزام الأصلي^(١) .
 ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ،
 كما هو الغالب . ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصلي يسقط بأن يشهر إفلاس
 المدين الأصلي أو إعساره . أو بأن يضعف هذا المدين بفعله ما أعطى الدائن
 من تأمين خاص إلى حد كبير ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ،
 أو بأن يضعف هذا التأمين الخاص لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم
 يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . أو بالآتي يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد
 بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدني) في جميع هذه الفروض يسقط الأجل
 المحدد للمدين الأصلي . ولكن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام
 الكفيل . لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل^(٢) .
 وما دام الأجل المعطى للكفيل لم يسقط ولم يخل فإنه يبقى قائماً . وعلى ذلك
 لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى
 للكفيل . وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم
 ينزل عنه الكفيل . فيبقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل ولا يستطيع الدائن
 مطالبته إلا عند حلوله^(٣) .

ومتى جاز للدائن أن يطالب الكفيل وأن ينفذ على أمواله ، فلا بد أن
 يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل . ولا يكفي أن يكون عنده سند
 تنفيذي ضد المدين . فاذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها ،

(١) منصور مصطفي منصور فقرة ٢٨ ص ٥٢ .

(٢) بودري وقال فقرة ١٠١٤ ص ٥٤١ - بيدان وفوا ان فقرة ٩٦ ص ٩٩ -
 بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة
 ١٩٣٥ - محمد كامل مرسي فقرة ٦٤ ص ١٥٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٥ ص ١٢٠ -
 سليمان مرقس فقرة ٥٤ ص ٥٨ - محمد علي إمام فقرة ٥٠ ص ٨٠ - منصور مصطفي منصور
 فقرة ٢٨ (ولكن انظر ص ٥٤ فيما يتعلق بعدم تقديم المدين لتأمينات التي وعد بها) -
 حكم ذلك أوبري ورو ؛ فقرة ٣٠٣ ص ١٤١ .

(٣) بودري وقال فقرة ١٠١٥ .

وجب على الدائن أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل ، ولا يكفي أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين^(١)

٤٠ - بماذا يطالب الدائن الكفيل - التقسيم - نص قانوني : تنص المادة ٧٩٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة » .

« ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم »^(٢) .

(١) بودري وقال فقرة ١٠٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية على النص ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٨٦٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٢ - ص ٥٢٣) .

رجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « استبدل (المشروع) المادة ١١٤٨ بالمادة ٦١٦/٥٠٤ من التقنين الحالى (السابق) التى تعرض لمسألتين مختلفتين ، فهى تبين أولاً مدى حق الدائن في الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ، ومن ناحية أخرى تعرض للتضامن بين الكفلاء . وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم ، على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم . وفيما عدا ذلك ، فالحكم للوارد بالمادة ١١٤٨ هو بعبارة المترد في التقنين الحالى (السابق) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٤ - ص ٥١٧) .

ويتأهل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٦١٥/٥٠٤ - ٦١٦ : في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته في الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص في التقنينات المدنية المربية الأخرى :

التقنين المدنى المورى م ٧٥٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠١ (مطابق) .

وظاهر أنه إذا كان للدين كفيل واحد ، كما هو الغالب ، ورجع الدائن على الكفيل ، فإنه يطالبه بنفس الذي كفله . وقد سبق أن حددنا مدى التزام الكفيل بالكفالة (١) .

ولكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، ويختص من الشخص سالف الذكر أنه لتحديد المقدار الذي يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه . يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) تعدد الكفلاء بعقد واحد . (الفرض الثاني) تعدد الكفلاء بعقود متوالية . وسنبحث كلا من الفرضين .

٤١ - **نموذج الكفلاء بعقد واحد** : إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع المصري يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعدين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلاً ، وكان الدين تسعمائة ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس وبكفل كل منهم ثلثمائة . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم ، لم يطالبه إلا بمقدار ثلثمائة فقط . وإذا طالبه بأكثر من ذلك ، استطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين (division de la dette) . بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقسيم الدين دون طلب ، ولا تحكم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائة . والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة . لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين . وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بخقه ، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

= التقنين المدني العراقي م ١٠٢٤ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود الثاني م ١٠٧٥ (موافق) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٦ .

ولكن بشرط لتقسيم الدين على الكفلاء . على الوجه الذى قدمناه .
شروط أربعة (١) :

(أولاً) أن يتعدد الكفلاء : فإذا كان للدين كفيل واحد . لم ينقسم الدين بينه وبين المدين . بل يرجع الدائن أولاً على المدين بكل الدين . فإذا لم يتقاض منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل . وإذا تقاضى من المدين ثلث الدين مثلاً . رجع بالثلث الباقي على الكفيل . وإذا وجد كفيل عيني فإن جانب الكفيل الشخصى . لم ينقسم الدين عليهما . فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين (٢) . بل إنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية في وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصى متضامناً مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصى إلا بعد التنفيذ على المال الذى رهنه الكفيل العيني ضماناً للدين (م ٧٩١ مدنى) . وهنا نرى أن الدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية . بل يبدأ بالكفالة العينية . فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصى .

(ثانياً) أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً : فإذا كفل كفيلاً كل منهما ديناً غير الذى كفله الآخر ، لم ينقسم أى الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن كل الدين الذى كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلى وكفل كفيل الكفيل دين الكفيل ، والدين الأصلى دين آخر غير دين الكفيل .

(ثالثاً) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين : فإذا كفل كفيلاً كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلاً ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلاً نفس المدين ، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذى كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما

(١) انظر م ١/٧٩٢ مدنى سالف الذكر : آنفاً فقرة ٤٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانجول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٧ - منصور منصور

فقرة ٣١ ص ٦٠ - وانظر عكس ذلك وأن الدين ينقسم على الكفيل الشخصى والكفيل العيني

محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٢ - سليمان مرقس فقرة ٩٣ ص ١٠٧ .

مستولا عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً . فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين . وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما^(١) .

(رابعاً) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم : ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن . فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً في عقد واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مستولا عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مستولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى^(٢) . وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مستولا عن الدين كله كالمدين الأصلي الذى تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم^(٣) . وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين^(٤) .

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ - ص ٦١ .

(٢) وإذا أعسر أحدهما تحمل الدائن حصة الذى يعسر . فل الدائن إذن أن يستوفى من درجة يسار الكفلاء المتعددتين ، أو أن يطلب منهم مقدماً النزول عن حق التقسيم ، أو أن يشترط تضامنهم (محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ جرائم ولان فقرة ٥٣ - هالتون ١ ص ٢١٦) .

(٣) انظر في هذا المعنى وأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يحرمه من حق التقسيم ، لا فحسب من حق التجريد ، عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٢ - سليمان مرقس فقرة ٩٧ ص ١١١ ، وانظر ما يلى فقرة ٥٤ - وانظر عكس ذلك وأن الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يكون متضامناً مع الكفيل الآخر لا يحرم من حق التقسيم محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦١ .

(٤) أما في القانون الفرنسى ، فيجب على الكفيل أن يدفع بحق التقسيم فينقسم الدين من وقت مفاضاته ، ولا ينقسم الدين من تلقاء نفسه على الكفلاء المتعددتين كما في القانون المصرى فيما رأينا . ويرجع ذلك ، في القانون الفرنسى ، إلى أثر القانون الرومانى الذى بدأ فيه الكفلاء أن يكونوا متضامنين مع المدين ، كما يرجع إلى التقاليد . انظر بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٩٤١ - فقرة ١٩٤٣ وفقرة ١٩٤٥ .

٤٣ — تعدد الكفلاء بعقود متوالية : وإذا تعدد الكفلاء : ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد . ولو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومدينياً واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التي كفّلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض . ولما كان كل منهم قد كفّل كل الدين بعقد على حدة ، فقد أصبح كل منهم مسئولاً عن كل الدين ، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضام (in solidum)^(١) .

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فإنه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل في الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء . برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه . ولكن الكفيل الذي دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين كما سرى . أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءاً من الدين . فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين كما قدمنا ، فيكون بالبداهة مسئولاً عن بقية إذا كن الدائن قد استوفى جزءاً منه . ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء ، فينقسم الدين عليهم في النهاية وذلك في العلاقة فيما بينهم لا في علاقتهم مع الدائن .

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى في علاقة الكفيل بالدائن ، إذا كان هذا الكفيل ، وقت أن كفّل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم . فمسئولية الكفيل بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس^(٢) ، واحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسي المطلوب . وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن ، عند مطالبة هذا الكفيل ، إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به في عقد الكفالة . أما سائر الكفلاء

(١) الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) ولا يقبل إثبات العكس هنا ، أن لا يقبل إثبات أن الكفيل احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، شأن عقد الكفالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (سليمان مرقس فقرة ٩٨ ص ١١٣) .

الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم ، فبقى قريبة مسئوليتهم عن كل الدين قائمة بالنسبة إليهم ، وإذا طالب الدائن أحدهم جاز له أن يطالبه بكل الدين ، فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن ، جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ، ويدخل فيهم الكفيل الذي احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، كل بقدر حصته في الدين ، وذلك بدعوى الحلول . ويجوز أن يحتفظ كل كفيل بكفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم ، وعند ذلك ينقسم الدين على جميع الكفلاء كما في الفرض السابق ، ويحل احتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفالتهم للدين بعقد واحد . وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين ، طبقاً لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم لنفسه .

٤٣ - الدفوع التي يرفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه : وعند ما يحل الدين ويريد الدائن الرجوع على الكفيل بما يجوز له الرجوع به عليه^(١) ، يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بدفوع مختلفة :
له أولاً أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (م ١/٧٨٨ مدني) .

وله ثانياً أن يتمسك بالدفوع التي يجوز للمدين أن يحتج بها ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (م ٧٨٢ مدني) .
وله ثالثاً أن يدفع بدفوع خاصة به ، وهي دفوع خاصة بالتزامه ككفيل ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها .
وله رابعاً وأخيراً ، إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله ، أن يدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ - ٧٩١ مدني)^(٢) .
ونبحث فيما يلي كلا من هذه الدفوع .

٤٤ - الدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً - نفس قانوني :
تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدني على ما يأتي :

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩ - فقرة ٤٢ .
(٢) انظر في تأثير القانون الفرنسي ، لافي حق التقسيم فحسب ، بل أيضاً هو والقانون المصري ، في وجوب رجوع الدائن أولاً على المدين وفي حق التجريد بالقانون الروماني وإجراءاته الشكلية : كولان وكايتان ٢ فقرة ١٤٠١ ص ٨٩٥ .

« لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولاً على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فينضم التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن » . وفى لجنة المراجعة تقرر أن يكون النص من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع يخلط بينهما خلطاً تتدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأيت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم فى الشق الثانى خاصاً بالتنفيذ فتمت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكماً ثالثاً مفاد تمسك الكفيل بحقه فى الصورتين بحيث لو راع دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه وبالمثل فى حالة التنفيذ . وأصبح الشق الأول مطابقاً لما استقر عليه فى الترتيب المدنى الجديد تحت رقم ٨٥٦ / ١ فى المشروع النهائى ، وأضيفت فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « يجب على الكفيل فى الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥٥ / ١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدمجت الفقرة الثالثة فى الفقرة الثانية فصار مقصوداً حكمها على حق التجريد ، ولم تعدل الفقرة الأولى وأصبح رقمها ٧٨٨ / ١ . ووافق مجلس الشيوخ على ما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٩٣ - ص ٤٩٩) .

ويقابل النص فى التقنين المادى السابق م ٥٠٢ / ٦١٢ : للكفيل الذير متضامن الحق إذا لم يتركه فى إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها فى أداء الدين بتمامه . وحينئذ فله محكمة النظر والحكم فى إيقاف المطالبة الحائلة للكفيل إيقاناً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

الترتيب المدنى السورى ٧٥٤ / ١ (مطابق) .

الترتيب المدنى الليبى ٧٩٧ / ١ (مطابق) .

التقنين المادى المرقى م ١٠٢١ : ١ - يفرض فى الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط

عدم وفاء المدين بالمدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان متضامناً مع المدين . ٢ - فإذا طوالب الكفيل أولاً ، جاز له عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفى لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل أوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء .

م ١٠٢٢ : ١ - إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم له مبالغاً يكفى للوفاء بتكاليف الإجراءات ٢ - ولا عبء =

ونخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ،
فلكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين . والذي
يقع في العمل أن الدائن لا يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده . وكذلك لا يبدأ
بالرجوع على المدين وحده . وإنما يرجع عليهما معاً في وقت واحد ويطلب لهما
بوفاء الدين . المدين باعتباره مديناً أصلاً والكفيل باعتباره كفيلاً . وفي
هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً ، فقد رجع الدائن
على المدين والكفيل في وقت واحد .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل . وقبل أن تثبت من جدوى الرجوع
على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده . ففي هذه الحالة يكون للكفيل
الحق في دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين . طبقاً
لنص المادة ١/٧٨٨ مدني سالف الذكر . ولم يكن في التقنين المدني السابق
نص بمثل هذا النص . كما لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مثله .

= بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال خارج الأراضي المراقبة ، أو كانت
أموالاً متنازعا فيها .

قانون الموصحات والعمود اللبناني م ١٠٧٢ : يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء
المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يدعى أولاً المدينون لأصل في أمواله المنقولة وغير
المنقولة ، وأن يبين له منها ما يصح منه التنفيذ على شرط أن يكون وقوعها في المناطق الخاضعة
لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالانتداب الفرنسي - وفي هذه الحالة توقف مدعاة الكفيل إلى
أن يتم التناهي في أموال المدين ، ولكن ذلك لا يمنع الترخيص للدائن في اتخاذ الوسائل
الاحتياطية في حق الكفيل . وإذا كان للدائن رهن أرض في الخبز على بعض أموال المدينون
المنقولة ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعاً لتأمين موجبات آخر
هل المدينون وكان غير كاف لإيفائها جميعاً .

م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مدعاة المدينون الأصل : أولاً - إذا كان
قد عدل صراحة عن هذا الحق ، ولا سيما إذا كان قد التزم الموجب بالتضامن مع المدينون
الأصل . ثانياً - إذا أصبح المدينون الأصل في حالة إعسار مشهود أو أعلن بحجز . ثالثاً
إذا كانت الأموال التي تصح فيها المدعاة موضوعاً للنزاع أو مردونة تأميناً لديون تستغرق فيها
كبيراً من قيمتها أو كانت غير تكافية بوجه واضح لإيفاء الدائن ، أو إذا لم يعد للمدينون على هذه
الأموال إلا حق قابل للإلغاء .

م ١٠٧٤ : إن الكفيل الذي يتشبث بتقديم مدعاة المدينون يجب عليه أن يمين للدائن
أموال المدينون الأصل ، وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ .

ولذلك جرى العمل في ظل التقنين المدني السابق ، كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي ، أن الدائن يطالب الكفيل أولاً دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلي أو التنبيه عليه بالوفاء أو حتى إعداره ، وهذا من أثر الفكرة القديمة التي كانت في أوائل عهود القانون الروماني من تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن ، ولكن الكفيل يكون له الحق في هذه الحالة في طلب تجريد المدين (١) .

أما الآن وقد وجد نص المادة ١/٧٨٨ في التقنين المدني المصري الجديد ، فقد وجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين ، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل . فإن رجع على الكفيل أولاً ، كان لهذا كما قلنا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولاً على المدين . ويبدو أن هذا الدفع سبق الرجوع على المدين كان يختلط في ظل التقنين المدني السابق ، كما يختلط الآن في ظل التقنين المدني الفرنسي ، بالدفع بالتجريد الذي سيأتي بيانه . فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولاً بالدفع بالتجريد . وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تنفي بالدين كله ، ولا ينتظر حتى يجرى دور التنفيذ على ماله . فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد ، يدفع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا بدأ هذا بمطالبته . فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه بالدفع بالتجريد ، وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل ، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاتته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ، ويدفع بالتجريد

(١) بودري وقال فقرة ١٠٢٣ - بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٤ - ص ٩٨٥ - وقد قضى في مصر ، في ظل التقنين المدني السابق ، بأن للكفيل ، متى كان غير متضامن ، الحق في إلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت أن المدين الأصلي يمتلك أموالاً يجوز حجزها تنفي بأداء الدين بتمامه (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٨٩٤ - الحقوق ٩ ص ٣٦٣ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ١٦٩ - ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨) - استئناف أسبوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٣٣٥ ص ٥١١ - استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠ ص ٨١ (لا يلزم الدائن بإدخال المدين الأصلي إلا إذا طلب الكفيل غير المتضامن ذلك عند اتخاذ الإجراءات ضده ، فإذا سككت عن التمسك بهذا الحق فسكوته دليل على تنازله عن التمسك بحق الرجوع على المدين الممنوح بقوة القانون بمقتضى المادة ٥٠٢ مدني) .

متسكاً بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين . ولكن الدفع بالتجريد هو هو ، بنفس شروطه وآثاره . سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل^(١) . ولكن صياغة التقنين المدني الجديد ميزت بين الدفع في مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، فسمته الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (م ١/٧٨٨ مدني) ، والدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولاً ، فسمته وحده دون الدفع الأول بالدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ مدني) . فهناك إذن في التقنين المدني الجديد دفعتان متميزتان أحدهما عن الآخر . الدفع بوجوع الدائن على المدين أولاً والدفع بالتجريد . وأصبح هذا التمييز قائماً في التقنين المدني الجديد ، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية ، بل تعداه إلى الشروط . فشرط الدفع بالتجريد بقيت كما هي ، أما شروط الدفع بوجوع الدائن على المدين أولاً فتختلف عن شروط الدفع بالتجريد كما سري . ولم يكن هذا التمييز قائماً في المشروع التمهيدي ، فقد كان هذا المشروع يخلط بين الدفعين ويسميهما معاً بالدفع بالتجريد^(٢) . ولما كان العمل قد جرى في ظل التقنين المدني السابق على رجوع الدائن على كل من المدين والكفيل في نفس الوقت للحصول على حكم يلزامهما معاً بالوفاء ، فإذا حصل الدائن على هذا الحكم

(١) استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ - ٢٨ يناير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ - ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٧ - ١١ يوفيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ - ١٦ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٨ .

(٢) فكانت المادة ١١٤٤ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولاً على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضاماً مع المدين ، فيخضع التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن » . وكانت المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع تنص على أنه « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وكانت المادة ١١٤٥ من المشروع تنص على أنه « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده » (مجموعة الأحكام التحضيرية ص ٢٩٤ وص ٥٠٠) .

بدأ بالتنفيذ ضد المدين ولا يرجع على الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين لا تفي بالدين ، فقد ميزت لجنة المراجعة بين الرجوع والتنفيذ ، ورأت أن يكون نص المادة ٧٨٨ مدني « من شقين » ، الأول يتناول الرجوع والثاني يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع (التمهيدى) يخلط بينهما خلطاً تداخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة للشق الأول رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم في الشق الثاني خاصاً بالتنفيذ فنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكماً ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه في صورتين ، بحيث لو رفعت دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه ، وبالمثل في حالة التنفيذ . وأصبح النص كما يأتي :

- ١ - لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .
- ٢ - لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله .
- ٣ - يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق^(١) . وبذلك أصبح هناك دفعان ، دفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين ويبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، ودفع بالتجريد ويبدى عند التنفيذ على مال الكفيل . وزاد هذا التمييز وضوحاً عند مناقشة النص في لجنة مجلس الشيوخ ، تحت الاعتقاد أن هذا التمييز كان قائماً في ظل التقنين المدني السابق ، إذ ورد في مناقشات هذه اللجنة ما يأتي : « وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) . . . تبين أن سقوط حق الكفيل في التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة ، حتى يكون حكم السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التي أدمجت في الفقرة الثانية ، بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط . وقد أصبح نص الفقرة الثانية كالاتي : « ولا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة التمسك بهذا الحق^(٢) . وهكذا أصبح التقنين المدني الجديد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨ - ٤٩٩ .

يميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً وبين الدفع بالتجريد ، ولا يجعلها دفعاً واحداً . ويجعل شروط الدفع الأول تختلف عن شروط الدفع الثاني . وليس لنا إلا أن نجاري المشرع فيما ذهب إليه من هذا التمييز ، ونبحث الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً مستقلاً عن الدفع بالتجريد ، ونقصر الدفع بالتجريد على حالة التنفيذ على مال الكفيل قبل مال المدين .

فنبداً بتعلق بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً . نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر .

أما شروط الدفع فتلاثة : (الشرط الأول) بالإضافة إلى أن الكفيل لا يكون متضامناً مع الأصيل كما هو المتروك^(١) . يجب أيضاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه . فإن هذا حتى قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً ، في عقد الكفالة أو بعد ذلك^(٢) . (الشرط الثاني) أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة . فإذا كان المدين معسراً . أو ظاهر العجز عن الوفاء بالمدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك . وعاء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالمدين ، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فسرى أن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل . وخلافاً للدفع

(١) وكما يتبين من الأعمال التحضيرية ، فقد ورد في لجنة المراجعة ما يأتي : « وبالنسبة للشق الأول . رأيت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين . . . » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٧) . وقد ورد نص صريح في ذلك بالنسبة إلى كفيل الكفيل ، وهو بالنسبة إلى الكفيل في مركز الكفيل بالنسبة إلى المدين ، فنصت المادة ٧٩٧ ماني على ما يأتي : « تجوز كفالة الكفيل . وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل » (عند الشراح عبد الباقي فقرة ٧٨ - منصور مصطفي منصور فقرة ٢٩ ص ٥٦) .

(٢) وينبغي بعض الفقهاء إلى أن النزول لا يكون إلا صريحاً (سليمان مرقس فقرة ٦٥ ص ٧٠) . ولكن ما دام لا يوجد نص بشرط أن يكون النزول صريحاً ، فإنه لا يوجد مانع من أن يكون النزول ضمناً (منصور مصطفي منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧) .

بالتجريد أيضاً ، لا يلزم لتوافر هذا الشرط الثانى أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين ، بل يكفي أن يكون عنده أموال تنى ببعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفى بقية الدين من الكفيل^(١) . وفى الدفع بالتجريد تقضى المادة ١/٧٨٩ مدنى ، كما سئرى ، أنه يجب على الكفيل أن يرشد الدائن « إلى أموال للمدين تنى بالدين كله » . (الشرط الثالث) أن يتمسك الكفيل بالدفع . ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى ، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى^(٢) . ولكن لا بد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وما دام الكفيل يجوز له النزول عن الدفع كما قدمنا ، فسكوته عنه قد يحمل على أنه أراد النزول ، فلذا لم يكن قد نزل وجب عليه أن يتمسك به ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والذي أوجد الشبهة فى هذه المسألة أن الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدنى الخاصة بهذا الدفع لا تصرح بوجوب أن يتمسك به الكفيل ، أما الفقرة الثانية من نفس المادة وهى الخاصة بالدفع بالتجريد فتصرح بوجوب تمسك الكفيل بالدفع . ففهم بعض الفقهاء^(٣) من ذلك ، بمفهوم المخالفة ، أنه ليس من الواجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع بل يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، خلافاً للدفع بالتجريد . ولكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يبين أن هذا لم يكن مقصوداً ، بل على العكس من ذلك كانت

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق فى هذا الخصوص أن أحد أعضاء هذه اللجنة رأى جواز تمسك الكفيل بالدفع إذا كانت أموال المدين الجائز الحجز عليها تنى بجزء من الدين ، فانضمت إليه أغلبية الأعضاء . ورأت اللجنة حذف عبارة « تنى بأداء الدين بتمامه » لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أى ضرر إذ أنه يستوفى بقية الدين من الكفيل . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٦ فى الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٧ ص ١٢٥ - محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ - جمال الدين زكى فقرة ٤٩ ص ٩٩ - سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٨ .

لجنة المراجعة قد أضافت فقرة توجب فيها في هذا الدفع وفي الدفع بالتجريد معاً أن يتمسك الكفيل بالدفع ، وكانت هذه الفقرة تجرى على الوجه الآتي : « يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق » . وكان من الخير إبقاء هذه الفقرة . ولكن لجنة مجلس الشيوخ أدمجتها بالفقرة التي قبلها فجعلتها لا تنصرف في الظاهر إلا إلى الدفع بالتجريد . إذ جرت بما يأتي : « ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولم تقصد لجنة مجلس الشيوخ أن تنفي ، عن الدفع الذي نحن بصدد وجوب تمسك الكفيل به كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، بل كل ما قصده إدماج الفقرة الثالثة في الفقرة الثانية دون تغيير في الحكم الخاص بوجوب تمسك الكفيل بكل من الدفعين ، وقد جاء في تقريرها في هذا الخصوص : « أدمجت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة في الفقرة الثانية مع تعديل لفظي طفيف لا يمس جوهر الحكم » (١) . لذلك يجب القول بأن الكفيل ، كما يجب عليه التمسك بالدفع بالتجريد ، يجب عليه أيضاً التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (٢) .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ، إذا استوفى هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها ، أن يقضى بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده . ويجب عندئذ على الدائن ، إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون مقبولة كما قدمنا ، أن يرجع على المدين أولاً يطالبه قضائياً بوفاء الدين . فلا يكفي إذن إعدار المدين بالوفاء ، بل يجب المطالبة القضائية . ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء (commandement) ، إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين . كذلك يحل محل المطالبة القضائية ، إذا كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٧ - محمد علي إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ - جمال الدين

زكي فقرة ٤٩ ص ٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧ - ص ٥٨ .

المدين قد أفلس فامتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضده ، أن يتقدم الدائن بحقه في التفليسة ، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين^(١) .

٤٥ - تمسك الكفيل بالدفع التي يحتج بها المدين - نص قانوني :

تنص المادة ٧٨٢ مدني على ما يأتي :

١ - يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين .

٢ - على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه^(٢) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٦ ص ١٣٠ - محمد علي إمام فقرة ٥٦ ص ٩٢ - جمال الدين زكي فقرة ٤٩ ص ٩٨ - منصور مصطفي منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٩ من المشروع الجديد للوجه

الآتي : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة ، وذلك مع مراعاة ما ورد بالمادة ١١٣٥ » . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، وأصبح رقمه ٨٥١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٨٤٩ . وقالت اللجنة في سبب هذا التعديل ما يأتي : « التعديل من شأنه ألا يفيد من إطلاق العبارة التي وردت في آخر النص الأصل وحذفت عند التعديل ، وهي : « ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة » فإن المقصود بهذه العبارة هو نقص الأهلية ، ولكن عدم احتياج الكفيل بنقص أهلية المدين ينبغي ألا يكون مطلقاً ، وينبغي أن يميز بين ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين فلا يجوز له في هذه الحالة أن يحتج بذلك ، وبين ما إذا كان لا يعلم بنقص الأهلية فينبغي أن يكون له الحق في الاحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥٤ ص ٤٦٧ - ص ٤٦٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٧ : يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب لادفع =

ونخلص من هذا النص أن الأصل . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١) ، أن « التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي . وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام . كما أنه ينقضى بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . فإنه استثناء لا يجوز للكفيل في هذه الحالة التمسك بطلان الالتزام الأصلي » .

فالزام الكفيل . وهو تابع للزام المدين ، يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إذا كان الزام المدين باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فيما عدا أن يكون الزام المدين قابلاً للإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتى . وإذا انقضى الزام المدين ، انقضى معه الزام الكفيل . ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن الزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن الزامه قد انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذى يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال أو انقضاء . ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد الزام المدين . بل ضد الزامه هو ، فإن الزامه يكون هو أيضاً باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً تبعاً للزام المدين . فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه باسمه هو لا باسم المدين ، ويتمسك بها ضد الزامه هو لا ضد الزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد الزامه هو ، ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى الزامه كمدین ، ويبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذى نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد الزامه هو ككفيل ، لا ضد الزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول . فإذا انزل المدين عن حقه فى إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد ، فإن هذا

المختصة بالمديون الأصل شخصية كانت أو عينية ، ومن حملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المديون الأصل - ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصل أو عدوله عن تلك الأسباب ، وله كذلك حق الإدلاء بأسباب الدفع المختصة بشخص المديون دون سواه كإسقاط للدين الذى تم لشخص المديون .

لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد التزامه هو ككفيل . وإذا نزل المدين عن حقه في التمسك بالتقادم ، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد التزامه هو ككفيل^(١) . ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل في الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته من التزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع . بل له أن يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة برفعها على الدائن^(٢) .

ونستعرض أوجه الدفع الذي يتمسك بها الكفيل ، في هذا الصدد . فتكلم في الدفع بالبطلان وفي الدفع بالإبطال وفي الدفع بالانتضاء . فإذا كان التزام المدين باطلاً لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام ، كان التزام الكفيل باطلاً مثله ولنفس السبب . وللکفيل أن يتمسك ببطلان التزامه ، كما للمدين أن يتمسك هو أيضاً ببطلان التزامه .

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة ، لأن عقد المدين قابل للإبطال لعيب في الرضاء ، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويبقى للكفيل الحق في طلب إبطال عقد الكفالة لعيب في الرضاء ، ولو أجاز المدين العقد الأصلي فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد . أما إذا كان السبب في إبطال العقد الأصلي هو نقص أهلية المدين ، بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان يعلم بها . فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية . ويستوى في ذلك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاز ، ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة . أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفالة . لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية ، أو أجاز وليه أو وصيه أو

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء ، العقد الأصلي ، ففي رأينا أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة ما دام العقد الأصلي قد أجز . فإذا كان الكفيل ليس فحسب علما بنقص الأهلية ، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي . ذلك بأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ، وأبطل العقد الأصلي ، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولاً عن الدين نحو الدائن ، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الاحتمال (١) .

وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل ، تبعاً لانقضاء التزام المدين (٢) .

(١) انظر ما قدمناه آنفاً في هذا الصدد فقرة ٢٦ - وهناك آراء ثلاثة في هذه المسألة :
الرأ الأول ، وعليه أكثر الفقهاء المصريين ، يذهب إلى أن المادة ٧٨٢/٢ مدني يجب أن تفهم بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، على معنى أن الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية على الدائن . أما الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بنقص الأهلية حتى لو أجاز المدين عقد الدين الأصلي .

والرأ الثاني (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٦٥ - ص ٦٦) يذهب إلى أن الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين ، دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يبق التزامه قائماً ما دام التزام المدين ناقص الأهلية قائماً ولم يطلب المدين إبطاله . أما إذا أبطله ، فإنه يزول ويؤول معه التزام الكفيل .

والرأ الثالث (وهو الرأي الذي نقول به) يذهب إلى أن الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية حتى لو لم يطلب المدين إبطال العقد وبقى التزامه قائماً ولكنه لم يجز العقد . ولا يمنع عليه الاحتجاج بنقص الأهلية ، إلا إذا أجاز المدين العقد الأصلي وصار هذا العقد غير قابل للإبطال . ويظهر الفرق بين الرأي الثاني والرأ الثالث في الفرض الآتي : إذا لم يبطل المدين العقد لنقص الأهلية ولكن لم يجزه فبق العقد قابلاً للإبطال ، فالرأ الثاني يذهب إلى أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن التزام المدين لا يزال قائماً ، أما الرأ الثالث فيذهب إلى أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن المدين يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الدين الأصلي وإن كان لم يتمسك بإبطاله . والرأ الثالث يفسر المادة ٧٨٢/٢ مدني كما يفسرها الرأ الأول على الوجه الآتي : إن الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية ولو تمسك المدين الأصلي بذلك .

(٢) أما إذا لم ينقض التزام المدين ، بل بقي قائماً ولو تغير شخص الدائن ، بأن حل =

فإذا انقضى التزام المدين بالوفاء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه هو أيضاً تبعاً لانقضاء التزام المدين . ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أى إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته (١) .

وإذا انقضى التزام المدين بالوفاء بمقابل ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك (م ٣٣٩ مدنى) ، حتى لو استحق الشيء الذى أعطى تمابلاً للمدين (م ٧٨٣ مدنى) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى .

وإذا انقضى التزام المدين بالتجديد أو بالإلانة الكاملة ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، إلا إذا رضى أن يكفل الالتزام الجديد . أما الإلانة الناقصة فلا تبرئ ذمة المدين ، بل يقوم التزام المناب إلى جانب التزام المدين . ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ، بل يبنى كفيلاً لالتزام المدين الذى يبنى ، تماماً كما سبق القول .

وإذا انقضى التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له فى ذمة الدائن ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . وله أن يتمسك بانقضاء التزامه حتى لو لم يتمسك المدين بالمقاصة ، بل حتى لو نزل المدين عن التمسك بالمقاصة .

م محله شخص آخر بعد أن وفاه هذا للشخص الآخر الدين أو حول الدائن حقه إلى محال له . فإن التزام الكفيل لا ينتفى . بل يحل المولى محل الدائن فى الكفالة (م ٣٢٩ مدنى) . أو بتحويل الحق بضماناته وسبب الكفالة إلى المحال له (م ٣٠٧ مدنى) . وإذا بقى الدين وبغير شخص المدين عن طريق حوالة الدين . فإن الكفيل لا بد أن يتقبل كفالة المدين الجديد ، وإلا برئت ذمته (م ٣١٨ مدنى) - انظر فى ذلك منصور مصطفى منصور فترة ٣٥ ص ٦٧ .

(١) وتنص المادة ١/٣٤٠ مدنى على أنه : إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض ما دم الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائى بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين . وعلى ذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، إذا رجع المدين فى العرض على الوجه السابق الذكر . وتنص المادة ٢/٣٤٠ مدنى : وإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعه ذلك بما يكفل حقه من تأميمات ، وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين . وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل ، وإذا رجع الدين فى العرض وقبل الدائن الرجوع على الوجه المبين فى النص .

وإذا انقضى التزام المدين باتحاد الذمة ، كما لو ورث المدين الدائن أو أوصى الدائن للمدين بالدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، ما لم يزل اتحاد الذمة بأثر رجعي كما إذا كانت الوصية معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط .

وإذا انقضى التزام المدين بالإبراء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . ولا يعتبر قبول الدائن الصلح من المدين المقلس إبراء له من جزء من الدين ، فيبقى الكفيل ضامناً لهذا الجزء .

وإذا انقضى التزام المدين باستحالة التنفيذ لسبب لا يد له فيه ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . أما إذا أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً بخطأه ، فإنه يصبح مسئولاً عن التعويض ، ويبقى الكفيل ضامناً لهذا التعويض .

وإذا انقضى التزام المدين بالتقادم دون أن يتقادم التزام الكفيل ، بأن كان هذا الالتزام الأخير مؤجلاً مثلاً لأجل أطول من أجل التزام المدين ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه لا لأنه تقادم ، بل تبعاً لانقضاء التزام المدين بالتقادم . ويتمسك الكفيل بانقضاء التزامه على هذا النحو حتى لو لم يتمسك المدين بالتقادم ، بل حتى أو نزل عن التمسك به .

٤٦ — المرفوع الخاصة بالكفيل : وللکفيل ، فضلاً عن الدفع التي يجوز أن يحتج بها المدين ، دفعوع خاصة به لا يشترك فيها المدين . وهذه الدفعوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته ، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلاً .

فالدفعوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابليته للإبطال . وقد ترجع إلى ما يرد على التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلي ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق

هذا الشرط ، أو بأن التزامه قد انفسخ لأنه كان معلقاً على شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط . وقد ترجع إلى انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضى التزام المدين ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى انقضاء الكفالة ، فيتمسك الكفيل بانقضاء التزامه ولو لم ينقض التزام المدين .

والدفع التى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلاً ثلاثة : (١) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضرعه بخطأه من التأمينات (م ٧٨٤ مدنى) . (٢) الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م ٧٨٥ مدنى) . (٣) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تغطية المدين (م ٧٨٦ مدنى) . وسنبحث هذه الدفع فى مكانها عند الكلام فى انقضاء الكفالة بطريق أصلي .

٤٧ - الدفع بالتجريد - نص قانونى : تنص المادة ٢/٧٨٨ مدنى على ما يأتى :

« ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده » . وفى لجنة المراجعة أدرجت هذه المادة بالمادة التى قبلها ، وجعل النص الموحد من شقين : الأول يتناول الرجوع والثانى يتناول التنفيذ ، لأن المشروع يخلط بينهما خلطاً تدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأيت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده ، إلا بعد رجوعه على المدين ، وجمعت الحكم فى الشق الثانى خاصاً بالتنفيذ . فتمت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين (انظر تاريخ نص المادة ١/٧٨٨ مدنى نقا فقرة ٤٤ فى الهامش) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٢/٨٥٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال رئيس اللجنة : « إنه ليس من العدل أن نحرّم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له فى مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل على أن يتف فى التنفيذ عند حد الحجز » . فأجيب « بأن للدائن فى مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلاً كإجراء تحفظي ، وليكن معلوماً أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها إلا بعد تجريد المدين من أمواله » . وأثير اعتراض « على استرة الثالثة التى تقضى بوجوب تمسك المدين بحق التجريد عند الرجوع عليه من الدائن أو عند ما يتخذ هذا الدائن ضده إجراءات تنفيذية » . (وقيل) إنه يجب قصر التمسك بحق التجريد على التنفيذ . وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) تبين أن سقوط حق الكفيل فى التمسك بالتجريد يكون =

وقد قدمنا^(١) أن التقنين المدني الجديد ميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً والدفع بالتجريد (bénéfice de discussion) وكان التقنين المدني السابق يجعلهما دفعاً واحداً ويسميه الدفع بالتجريد . والدفع بالتجريد في التقنين المدني الجديد لا يكون إلا عند ما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ من الكفيل ويشعر في التنفيذ على أمواله ، فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر النص سالف الذكر .

— عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة ، حتى يكون السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التي أدبت في الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط . وأصبح نص الفقرة الثانية مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٧٨٨ / ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته بلحته (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٢ / ٦١٢ : للكفيل غير المتضامن الحق إذا لم يتركه في إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزاً متى بأداء الدين بتمامه . وحينئذ للمحكمة النظر والحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية . (ونص التقنين المدني السابق يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً الدفع بمطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولاً) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني للسوري م ٢/٧٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢١ : ١ - يفرض في الكفالة أنها انقضت مطلقاً على شرط عدم

وفاء المدين بالمدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين .
٢ - فإذا طُلب الكفيل أولاً ، جاز له ، عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده ، إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكن لوفاء بالمدين بأكمله . وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء . (ونص التقنين العراقي يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولاً) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني ١٠٧٢ - ١٠٧٤ (انظر آتفا فقرة ٤٤ في الهامش

حيث ذكرت نصوص هذه المواد . والقانون اللبناني يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولاً) .

(١) انظر آتفا فقرة ٤٤ .

والدفع بالتجريد ، بمعناه الواسع فيشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ، مبنى على اعتبارات قائمة على العدالة . فقد كان الكفيل ، طبقاً لحرفية التزامه ، مسئولاً عن الوفاء بالمدين إذا لم يتم المدين بوفائه عند حلول أجله . إذ كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء الأمين بالمدين ، أى الوفاء عند حلول أجل الدين . ولكن القانون أتاح للكفيل هذا التأجيل ، عن طريق الدفع بالتجريد ، لأن الكفيل جدير بالرعاية . فهو يوفى ديناً ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالاته وتقوية ائتمانه . فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه . ولا ضرر في هذا على الدائن ، إذ هو يستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين . ويمكن القول أيضاً إن هذه هي النية المفترضة للكفيل ، عند ما كفّل المدين^(١) .

والدفع بالتجريد بهذا المعنى الواسع مأخوذ عن القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون فى العهد الكلاسيكى يتيح للكفيل أن يطالب بتجريد المدين ، إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين

(١) بودر وقال بقرة ١٠٢١ ص ٥٤٤ - وقد قضت محكمة النقض فى هذه التنفيذ لندن السابق بأن الشارع قد وكل إلى المحكمة أنى قدم إليها الكفيل دونه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز الحجز عليها يفر بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بإيقاف المطالبة بالحصول للكفيل إرفاقاً مؤقتاً أو عدم إيقانها على حسب الأحوال ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، فلارقابة المحكمة المنتصر على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك . وكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسباً بالدفع بتجريد المدين ، وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله على هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما يحاسبه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه ، وأنه تقديمه لهذا البيان يكون على دفعة واحدة وهذه البدء بالتنفيذ ، فإن له كذلك أن يبين ما يكون من آل للمدين بسبب جديد . وإذا كان الكفيل . . . لما جد للمدين ميراث ، بادر أيضاً إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانياً فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل إليه ولا تاركاً له ، يستدله إنه فاتته أن يبدئه عند البدء بالتنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة فى تطبيق القانون ، إذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ بصورة التواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٢ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٧ رقم ٧ - ١٥) .

إذا هو رجع عليه (fidejussor indemnitalis) . ثم منح جوستينان الدفع بالتجريد لكل كفيل دون تمييز . ولم يكن الدفع بالتجريد معروفاً في القانون الفرنسى القديم فى أول عهوده ، وكان الدائن يطالب الكفيل أولاً . ثم أخذت العادات الفرنسية . قبل إحياء القانون الرومانى فى جنوب فرنسا ، تتبع للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين فى الدعوى . ولما أحيا القانون الرومانى . عرف القانون الفرنسى القديم عن هذا القانون كلا من الدفع بالتجريد - وكان يسمى الدفع بالترتيب فى الرجوع (exception d'ordre) - والدفع بالتقسيم^(١) .

ونبحث : (١) شروط الدفع بالتجريد . (٢) الآثار التى ترتب على الدفع بالتجريد . (٣) صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العيى قبل الرجوع على الكفيل .

٤٨ - شروط الدفع بالتجريد - نص قانونى : تنص المادة ٧٨٩ مدنى على ما يأتى :

- « ١ - إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تنى بالدين كله . »
 « ٢ - ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل : إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالاً متنازعاً فيها » (٢) .

(١) انظر فى كل ذلك بودر وقال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع التمهيدي ، وتجبرى على الوجه الآتى : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية القيام بالتجريد » ، وفى المادة ١١٤٦ من المشروع التمهيدي وتجبرى على الوجه الآتى : « ليس للكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين تقع خارج الأراضى المصرية ، ولا على أموال متنازع فيها ، أو مرهونة فى الدين » . وقد أدمجت لجنة المراجعة المادتين فى مادة واحدة ، مع إدخال بعض تعديلات لفظية وإضافية عبارة « تنى بالدين كله » فى الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٨٥٧ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية . لمس التواب حذفت من الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهى « أو كانت مرهونة فى ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون فى ذات الدين كان هذا المال تأمناً هينياً يجب استيفاء الدين منه أولاً بموجب المادة ٧٩١ ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » ، وأصبح =

ويستخلص من المادة سالفة الذكر ومن المادة التي قبلها^(١) أن شروط دفع الكفيل^(٢) بالتجريد ثلاثة :

١ - يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد ، إما عند

= رقم المادة ٨٥٦ ، ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها بلحته . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تقي بالدائن كله » . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « رأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة ، (وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تقي بالدائن كله) ، بمباراة (وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين تقي بالدائن كله وأن يقدم له المصروفات الكافية للقيام بالتجريد) . وقد راعت اللجنة في ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب تحديده من قبل . ولهذا رأى الاكتفاء بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تقي بالدائن كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد » . وقد أصبحت المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ٧٨٩ ، مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٩٩ - ص ٥٠٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٢ / ٦١٢ (انظر النص آنفاً فقرة ٤٧ في الهامش) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخر :

التقنين المدني السوري م ٧٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢٢ : ١ - إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال ، وأن يقدم له مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات . ٢ - ولا حبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المتنازعة ، أو كانت أموالاً متنازعة فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٢ - ١٠٧٤ (انظر فقرة ٤٤ في الهامش حيث ذكرت النصوص) .

(١) م ٧٨٨ / ٢ مدني آنفاً فقرة ٤٧ .

(٢) وفني عن البيان أن المقصود بالكفيل الذي له حق الدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصي . أما الكفيل المني فليس له الحق في الدفع بالتجريد ، وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدني على أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز تنفيذ على مال إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

الكفالة أو بعد ذلك . إذ الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه ،
 فله أن ينزل عنه ، وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول . ويتنص على
 ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدني فرنسي إذ تقول : « لا يلتزم الكفيل أن يفي
 الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك . فيجب أولاً تجريد المدين ، إلا إذا نزل
 الكفيل عن حق التجريد ، أو كان متضامناً مع المدين إذ يجب في هذه الحالة
 أن يسرى على التزام الكفيل القواعد المقررة في التضامن » . وغنى عن البيان
 أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد . إذ أن قواعد
 التضامن تقضي أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً (م ٧٩٣
 مدني) . ولكنا لسنا هنا بصدد الكفيل المتضامن مع المدين ، فسيأتي بحثه
 في المطلب التالي . أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجريد المدين ،
 إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق كما قلنا . ويكون النزول عن الدفع
 بالتجريد صريحاً أو ضمناً . وأكثر ما يكون النزول الصريح في عقد الكفالة
 ذاته ، فيشترط الدائن على الكفيل أن ينزل عن حق التجريد ، ويطلب أن
 يشترط الدائن ذلك حتى أصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause
 de style) . أما النزول الضمني فيستخلص من الظروف ، وقد يستخلص
 من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يتم المدين بدفعه عند حلول أجله .
 ولكن أكثر ما يكون النزول الضمني بعد عقد الكفالة ، عند ما يشرع الدائن
 في التنفيذ على أموال المدين فيسكت الكفيل عن الدفع بالتجريد مما يفيد أنه
 نزل عن هذا الدفع ضمناً^(١) . وإذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه
 لم يكن لدى المدين مال تتوافر فيه الشروط يدل عليه ، ثم جد هذا المال للمدين ،
 لم يعتبر سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد نزولاً ضمناً إذا هو باذر ودفع
 بالتجريد بمجرد أن جد المال للمدين^(٢) . ولا يعتبر نزولاً ضمناً أن تكون

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٤ - ترولون فقرة ٢٥١ وما بعدها - بون ٢ فقرة ١٩٧
 وما بعدها - لوران ٢٨ فقرة ٢١١ - جيوار فقرة ١٣٠ - بودري وقال فقرة ١٠٤٣
 ص ٥٥٤ .

(٢) ترولون فقرة ٢٥٦ - بون ٢ فقرة ١٧١ - جيوار فقرة ١٣١ - أوربري ورو
 ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٧ - بيدان وفواران ١٣ فقرة ١٠٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه
 فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ - وانظر عكس ذلك وأن سكوت الكفيل بعد نزولاً ضمناً لا يجوز =

الكفالة في مسائل تجارية فحسب ، فالدفع بالتجريد جائز . المسائل التجارية جوازه في المسائل المدنية^(١) .

٢ - يجب أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد ، فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدني كما رأينا^(٢) ، إذ تقول : « ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ولما كان الدفع بالتجريد ، في التقنين المدني الجديد ، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فيبدو أنه يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عند ما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده^(٣) . ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال في التنفيذ ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه (commandement) على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع في العقار أن يبدى الدفع

= للرجوع فيه حتى لو جد المدين مال بعد ذلك : ديرانتون ١٨ فقرة ٢٢٧ - بونسو فقرة ١٩١ - بودري وقال فقرة ١٠٤٥ .

وانظر في أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون المقاربة إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره ، فهو وحده دون الكفلاء الذي يستفيد من المادة ١٠ من هذا القانون فيما يختص بالفوائد : نقض مدني ٢٤ نوفمبر ١٩٤٥ - وفي أن المادة ١٤ من هذا القانون ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلا للتخصيص ، ثم عقب هل ذلك بقولها « هل أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » ، وهل ذلك لا يجوز التمسك . بما نصت عليه المادة ٥٠٩ مدني (قديم) ، بل الواقع أن الشارع إذ أورد هذا الحكم في المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ مدني إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة : نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٤ - مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٨ ورقم ١٥ ورقم ١٦ .

(١) يون ٢ فقرة ١٥٨ - جيوار فقرة ١٢٦ - لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ - بودري

وقال فقرة ١٠٤٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧ .

(٣) جمال الدين زكي فقرة ٥٦ ص ١١٥ - سليمان مرقس فقرة ٧٤ ص ٧٧ وفقرة

٨٢ ص ٨٩ - انظر عكس ذلك وأنه يجوز إبداء الدفع بالتجريد عند نظر دعوى مطالبة الكفيل بالدين فتقضى المحكمة ، مع الحكم بإلزام الكفيل بالدين ، بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين : عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٤٥ - محمد هل إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع^(١) . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين . لم يعتبر ذلك منه نزولاً ضمناً عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة^(٢) . ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وبخاصة إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد . فقد قدمنا أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولاً ضمناً عن الدفع . فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن في التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، ما لم ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً . ويمكن استخلاص النزول الضمني عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن في التنفيذ مرحلة كبيرة ، وعلى كل حال يعتبر النزول الضمني عن الدفع مسألة موضوعية يقررها قاضي الموضوع^(٣) .

(١) أنبكلويد دالوز ١ نغظ **Cantonnement** فقرة ١١٩ .

(٢) عبد الفتاح عد الباقي فقرة ٩٥ - محمد مل إمام فقرة ٦٤ ص ١٠٤ - جمال الدين زكي فقرة ٥٤ ص ١١٠ - سليمان مرقس فقرة ٧٨ ص ٨١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ - هذا وقد نص التفتيش المدني الفرنسي (م ٢٠٢٢) ، أنه يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده (**sur les premières poursuites d'igrés contrelle**) ، أي قبل أن يتكلم في الموضوع ، وإلا عد متنازلاً عن الدفع . ولم يرد في التفتيش المدني المصري نص مماثل لهذا النص ، فثار الخلاف فيما إذا كان يؤخذ به . وقد أضحت محكمة النقض في مصر بأن لكفيل غير المتنازل الحق في إبداء الدفع بتجريد المدين في أي وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال يجوز الحجز عليه والاستيفاء منه وأن يحصل هذا التعيين دفعة واحدة وعند البدء في التنفيذ ، فإنه لا يجوز له أن يبين ما يستمد من مال للمدين من نحو إرث أو هبة ، فإذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الدائن أعلن الكفيل بتبنيه نزع الملكية فبذلك الكفيل برفع معارضة في التنبية وأعلن إلى الدائن صحيفة معارضته في الميعاد القانوني مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجوز أن يستد بديه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر هو إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكن أن يستد بدينه منه لو رجع عليه ، فإن هذا الكفيل لا يعتبر مبطناً ولا تاركاً للدفع بالتجريد عن هذا المالك الجديد الذي آل إليه (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ - جموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) . على أن المشروع التمهيدى لنص المادة ٧٨٨ / ٢ مدني جديد ورد فيه ما يأتي : " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات التي توجه ضده " (انظر آنفاً فقرة ٤٧ =

٣ - يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين
تتبع بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة في داخل البلاد المصرية
وليست أموالاً متنازلاً فيها (م ٧٩٨ مدني سالفه الذكر) . وغنى عن البيان
أن هذا الشرط يتخلف إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره . أو صار في
حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة ، وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء
بالدين كما لو كان هناك محضر بأنه ليس لديه أموال ظاهرة *procès-verbal*
(*de carence*) (١) . ذلك لأن الكفيل في هذه الحالة لا يستطيع أن يرشد
الدائن إلى أموال المدين تتبع بالدين كله ، فيتخلف شرط أساسي من شروط
الدفع بالتجريد (٢) .

وأموال المدين التي يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تتبع بالدين كله ،
فلا يكفي أن تتبع بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين . ذلك بأن أموال المدين
إذا كانت لا تتبع بالدين كله ، اضطرت الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء
جزئياً لحقه ، ولا يجوز إجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئي (م

٣ في الخامس) . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية -
ص ٤٩٧) ، فأصبح الكفيل غير مفيد بنصر تشرى بين الوقت الذي يبدأ فيه الدفع بالتجريد ،
وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدون الجديد . فيجوز للكفيل التمسك
بالدفع بالتجريد في أي وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزواه عنه ، كما نصت محكمة النقض
فيما قدمنا .

(١) نقض فرامى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٢٦٢ .

(٢) استئناف وطني ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ (في حالة إفلاس
المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلاً كافياً على أنه ليس
له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها ، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد) - استئناف مختلط
٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ - وانظر أيضاً بون ٢ فقرة ١٥٧ - لوران ٢٨
فقرة ٢٠٩ - جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال فقرة ١٠٢٤ - بلانيول وريبير وسافاتييه
فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

كذلك لا دفع بالتجريد إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين بأن أصبح أحدهما وارثاً للآخر ،
ذلك لأنه لا يوجد إذ ذاك كفيل متميز عن المدين حتى يدفع بتجريد هذا الأخير (بون ٢ فقرة
١٥٧ - لوران ٢٨ فقرة ٢٠٨ - جيوار فقرة ١٢٧ - بودري وقال فقرة ١٠٢٥) .
ولكن يجوز أن يدفع بالتجريد إذا كفّل شخص شائع ، فيجوز للكفيل أن يرفع دعوى استحقاق
لشيء المبيع ولا ترفع دعواه بأنه كفيل لأن له حق التجريد (بودري وقال فقرة ١٠٢٥ -
وانظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٢٧) .

١/٣٤٢ (١). والقانون الفرنسى لا يشترط أن تكون أموال المدين تفي بالدين كله ، فيجوز أن تفي ببعض الدين . ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى فى هذه الحالة ، إذ لا يناله من ذلك كبير ضرر فهو يرجع فوراً على الكفيل ببقية الدين (٢). وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ١/٧٨٩ مدنى مصرى لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى . فأضيف الشرط فى لجنة المراجعة واستقر فى التقنين المدنى المصرى الجديد . وذلك أسوة بالتقنين المدنى المصرى السابق (م ٥٠٢/٦١٢) الذى كان يشترط هذا الشرط (٣). وأموال المدين التى يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقاراً أو مقولاً (٤). ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين . فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان غير متضامن معه (٥). بل الذى يصح فى هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه (٦). كما لا يصح أن يطلب كفيل لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين ، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذى كفله (٧).

ويجب أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل لا يصعب التمسك عليها ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى كما رأينا فى هذا الخصوص :

(١) استئناف نطاك ٨ مايو سنة ١٨٩٥ - ٧ ص ٢٤٧ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ .

(٢) ولكن يشترط مع ذلك أن يدل الكفيل على مال له قيمة مضمونة فى وفاء الدين ، فلا يمكن أن يدل على مال ذو قيمة ضئيلة (جيوار فقرة ١٣٢ - بودرى وقال فقرة ١٠٣٧) .

(٣) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٤) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٨ - تروبولون فقرة ٢٦٢ - بون ٢ فقرة ١٧٨ - لوران ٢٨ فقرة ٢١٣ - جيوار فقرة ١٣٣ - أوبرى ودر ٦ فقرة ٢٦ - ٢١٧ - بودرى وقال فقرة ١٠٣٧ ص ٥٥٢ - پلافبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٥) بودرى وقال فقرة ١٠٣٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٤٠ - فقرة ٤٢ .

(٧) بون ٢ فقرة ١٨٣ - لوران ٢٨ فقرة ٢١٦ - جيوار فقرة ١٣٨ - بودرى وقال فقرة ١٠٣٦ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز طلب تجريد المدينين الآخرين : بوتيه فقرة ٤١٢ - تروبولون فقرة ٢٧٠ .

« ولا عبء بالأموال التي يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية ، أو كانت أموالاً متنازعة فيها » . وظاهر أن أموال المدين ، إذا كانت خارج الأراضي المصرية ، تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها ، لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة داخل الأراضي المصرية . ولا يشترط أن تكون واقعة في جهة معينة داخل الأراضي المصرية ، كأن تكون واقعة في الجهة التي يجب وفاء الدين فيها أو واقعة في الجهة التي يكون فيها موطن المدين^(١) . كذلك لا يجوز أن تكون الأموال التي يدل عليها الكفيل متنازعة فيها ، فإن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ، وهي على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضي النزاع فيها غالباً التقاضي وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها . وليس من الضروري ليكون المال متنازعة فيه أن تكون هناك دعوى مرفوعة في شأنه ، بل يكفي أن يكون هناك نزاع جدي^(٢) . والحصصة الشائعة في عقار تعتبر في حكم المال المتنازع فيه إذا كان هناك دائن ذو حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها هذه الحصصة الشائعة ، ذلك بأن الدائن ذا الحق المقيد له أن يعرض رغبته في التنفيذ على الأعيان المفرزة ، وأن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصصة^(٣) . وإذا كان مال المدين مثقلاً بحقوق عينية ، كرهن أو امتياز أو اختصاص ، وجب ألا يحسب من قيمة هذا

(١) ويشترط التقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٢٣ / ٢) أن تكون الأموال واقعة في الجهة التي يجب الوفاء فيها . ولكن القانون الفرنسي القديم كان لا يشترط في هذا الخصوص إلا أن تكون الأموال واقعة داخل الأراضي الفرنسية (بودري وقال فقرة ١٠٣١ ص ٥٤٩ هامش ٥) .

(٢) أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١٠ - بودري وقال فقرة ١٠٣٣ ص ٥٥٠ - سليمان مرقس فقرة ٧٩ ص ٨٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٨ .

(٣) انظر م ٦٤٤ مرافعات . وقد صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد يجب البحث فيه عما يقابل منه المادة . وفي فرنسا لا يجوز التنفيذ على الحصصة الشائعة قبل رفع دعوى القسمة (بون ٢ فقرة ١٨ - جيوار فقرة ١٣٦ - بودري وقال فقرة ١٠٣٣ - بيدان وفواران ١٣ فقرة ١٠٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ هامش ٦) .

المال إلا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الخقوق العينية^(١) . فإذا كانت الحقوق العينية تستنفد الجزء الأكبر من قيمة المال . جاز اعتبار المال في حكم المال المتنازع فيه وعدم الاعتداد به . وذلك لصعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه إلا قيمة ضئيلة^(٢) . وإذا كان مال المدين لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد به . كذلك لا يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ عليه . وقد نصت المادة ٤٨٩ مرافعات على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما يخصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية »^(٣) . فإذا كان المدين قد رهن من ماله ما يكفي للوفاء بالمدين ، لم يجز للكفيل أن يدل على مال آخر للمدين غير مرهون في مدين ، لأن هذا المال لا يجوز التنفيذ عليه . وهو بعد في غير حاجة لتجريد المدين إذا كانت

(١) استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ - ٢ يولييه سنة ١٩٠٠ الاستقلال ٣ ص ٢٢٢ - ١٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ - استئناف أسبوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٥٥ ص ١٢٢ - المنصورة الكلية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٩ ص ٤٨ - استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٧ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ - ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٠١ - ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ - ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ - ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥ .

وقد قضى بأن رفض تجريد المدين يكون مطابقاً للقانون إذا دل الكفيل في آخر لحظة على مال للمدين هو جزء من إيراد في وقف تستدعي المطالبة به إجراءات طويلة كثيرة المنسرفات ، دون أن يثبت الكفيل كفايتها لوفاء الدين بتمامه (استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨) . وقضى بأنه يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين هو مبالغ هامة آتية من بيع أموال المدين المحجوز عليها وقد خصصت لنفسها بين الدائنين ، فيحيل الكفيل الدائن على الحارس أو على قلم التوزيع (استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٢) .

(٢) جيوار نفرة ١٣٦ - بودري وقال نفرة ١٠٣٣ .

(٣) وقد صدر أخيراً نقيض جديد للمرافعات ، فيبحث فيه عما يقابل هذه المادة .

الكفالة غير سابقة على الرهن ، بل كانت معه أو بعده ، لأنه لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال المرهونة (م ٧٩١ مدني وسبأني بحثها) . والمفروض أن الأموال المرهونة تكفي للوفاء بالدين فلا يرجع الدائن على الكفيل ومن ثم لا يحتاج هذا الأخير إلى الدفع بالتجريد . أما إذا كانت الأموال المرهونة لا تكفي للوفاء بالدين فإنه يجوز للدائن الرجوع على الكفيل بما يتي من الدين ، وعندئذ يجوز للكفيل أن يطلب تجريد المدين ، وله أن يدل على مال للمدين لا يكون مرهوناً في الدين (١) . ولكن لا يجوز له أن يدل على المال المرهون في الدين ، لأن هذا المال يكون الدائن قد نفذ عليه قبل الرجوع على الكفيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩١ مدني (٢) .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله على نفقة الكفيل ، لأنه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد (انظر م ١/٧٨٩ مدني سالفه الذكر) . ومن المصروفات التي يتحملها الكفيل في هذا الصدد مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي دل عليها الكفيل ، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ١/٧٨٩ مدني يتضمن نصاً يوجب على الكفيل أن يقدم للدائن « المبالغ الكافية للقيام بالتجريد » . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص ، فصار واجباً على الكفيل ، لا تقديم المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، بل القيام بنفقات إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : « وقد راعت اللجنة في ذلك أن مصروفات

(١) أما في القانون الفرنسي فيجوز أن يدل الكفيل على مال للمدين لا يكون مرهوناً في الدين مع وجود أموال للمدين مرهونة في الدين (بودري وقال فقرة ١٠٣٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدني يمنع الكفيل أن يدل على مال للمدين مرهون في الدين . وفي لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذف من النص ما يقتضى بهذا الحكم ، فحذفت من هذه الفقرة اثنان العبارتين الأخيرتين وهى « أو كانت مرهونة في ذات الدين » ، لأنه « إذا وجد مال مرهون في ذات الدين كان هذا المال تأمينا عينيا يجب استيفاء الدين منه أولاً بموجب المادة ٧٩١ مدني ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه » (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٣) منصور مصنف مصور فقرة ٤٥ ص ٨٩ .

التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل للإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملاً تعيينه من قبل . ولهذا روى الاكتفاء بالزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله . ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد ^(١) .

٤٩ - الآثار التي تترتب على الرفع بالتجريد - نص قانوني : تنص المادة ٧٩٠ مدني على ما يأتي :

« في كل الأحوال التي يدل فيها فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إحصار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب ^(٢) » .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش . أما التقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٢٣ / ١) فيوجب حل الكفيل أن يقدم للدائن المبالغ الكافية لتقيام بالتجريد ، وتقدر المحكمة عند النزاع مقدار المبالغ التي يجب حل الكفيل أن يقدمها للدائن وكيف يكون هذا التقديم (ترونون فقرة ٢٧٢ - فقرة ٢٧٣ - نوران ٢٨ فقرة ٢١٢ - بون ٢ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٦ - جيوار فقرة ١٣٩ - فقرة ١١٠ أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ - بودري وقال فقرة ١٠٢٦ - فقرة ١٠٣٠ - بلانيول ريبير وصافتيه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٥ مكررة من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « في كل الأحوال التي عين فيها الكفيل أموال المدين وفقاً للمادة ١١٤٤ مكررة وقدم المصروفات الكافية للتجريد ، يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إحصار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة ، وذلك بقدر الأموال التي دل عليها الكفيل » . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات على النص جملة مطابفاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع ظل يتضمن عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » ، وصار رقم المادة ٨٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٨٥٧ . وحذت لجنة لمس الشيوخ من صدر المادة عبارة « ويقدم المصروفات الكافية للتجريد » تمثيلاً مع التعديل انتهى أدخلته على المادة السابقة ، وأصبح رقم المادة ٧٩٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما دخلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ - ص ٥٠٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

والمفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى الشروط المطلوبة ، وأنه قد قبل . فيترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل . فإذا لم يتخذها فى الوقت المناسب ، كان مسئولا قبل الكفيل عن إفسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ سالفه الذكر . وإذا اتخذها . فحصل على حقه كله ، فقد برئت ذمة الكفيل . وأما إذا حصل على بعض حقه ، فإنه يرجع بالباقي على الكفيل .

فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هو إذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . بل إنه عند إبداء الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه ، تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع ، فإذا رفض استمر الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . أما إذا قبل ، فإنه يمتنع استمرار الدائن فى إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل^(١) ، ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لآثاره . ويلغى ما اتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند إبداء الدفع بالتجريد ، ويلغى مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز^(٢) ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار^(٣) ، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذى الموقع على منقولات المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت^(٤) ، ويمتنع على الدائن

— قانون الموجبات والمقود البنائى لا مقابل .

(١) إشتاف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ .

(٢) بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ - السين ٢١ مارس سنة ١٩١٦ سيرة ١٩١٧ - ٢ - ٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد من عبارة إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل الوارد ذكرها فى المادة ٥٠٢ من القانون المدنى (القديم) هو الكف عن متابعة السير فى إجراءات التنفيذ مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، ولا يتعارض مع هذا الحكم قضاء المحكمة بإلغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ . جموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) .

(٤) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ٩٠ .

أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر في ذمة الدائن للكفيل^(١). ولكن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل . وقد كان التقنين المدني السابق (م ٥٠٢/٦١٢) ينص على ذلك صراحة ، إذ يقول : « وحينئذ فللمحكمة الحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية » . ولم يرد نص مماثل في التقنين المدني الجديد . ولكن نص التقنين المدني السابق ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيجوز العمل بالحكم دون نص^(٢) . فيجوز للدائن أن يقطع التقادم بالنسبة إلى أموال الكفيل ، كما يجوز له أن يقيد رهناً لصالح الكفيل أو أن يحدد هذا القيد . بل يجوز له أن يحصل على حق اختصاص على عقار للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر أصلاً ضد الكفيل ، فأخذ حق اختصاص لا يعدو أن يكون إجراء تحفظياً . ولكن لا يجوز له بعد الحصول على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريده أموال المدين^(٣) .

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل . ويكون مسئولاً لدى الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدني سائفة الذكر) . فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين ، وتباطأ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى

(١) بلانيول وريبير وسائتييه فترة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٢) وقد فرقت هذه المسألة في لجنة مجلس الشيوخ ، إذ قال رئيس اللجنة : « إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له في مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل ، على أن يقف في التنفيذ عند حد الحجز . فأجيب » بأن للدائن في مثل هذه الحالة أن ينجأ إلى الحجز عند كإجراء تحفظي . وليكن معلوماً أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها ، إلا بعد تجريده المدين من أمواله (مجموعة الأهمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨) .

(٣) استئناف مغلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ - محمد كامل مرسي
فقرة ٨٧ ص ١٢٢ - محمد علي إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ - ص ١٠٧ - سليمان مرقس
فقرة ٨٢ ص ٩٠ - ص ٩١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤٦ ص ٩٠ - ص ٩١ .

تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها . كان الدائن مسئولاً عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضى اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها . ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين في يد الغير ، وتباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لتقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسئولاً نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار في الوقت المناسب . ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل ، وفقاً للقواعد العامة^(١) . وليس في كل ما تقدم إلا تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى للمادة ٧٩٠ مدني ما يأتي : « المادة ١١٤٥ مكررة (٧٩٠ مدني) تطابق نص المشروع الفرنسي الإبطالي (م ٧٢٢) الذي نقله بلوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسي ، وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسؤولية^(٢) » .

أما إذا اتخذ الدائن في الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل ، فالغالب أنه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً ، لأن المفروض أن الكفيل قد دل على أموال للمدين تفي بالدَيْن كاملاً ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل بعد أن استوفى الدائن حقه من أموال المدين . ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال ألا يحصل الدائن على حقه كاملاً ، فقد تنخفض قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها ، أو يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ، أو يتضح أن المحكمة قد قدرت هذه الأموال بأكثر من قيمتها . ففي هذه الأحوال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجة للتنفيذ على الأموال ، ويرجع الدائن بالباقي من حقه على الكفيل^(٣) . وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي

(١) جيوار فقرة ١٤٣ - بودري وقال فقرة ١٠٢٩ من ٥٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ من ٥٠٨ .

(٣) منصور مصطن منصور فقرة ٦٠ من ٩١ .

دل عليها الدائن ، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً ، ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدل الوجود (١) .

٥٠ - صورة خاصة لارفع بالتجريم : رفع تجريم التأمين العيني

قبل التنفيذ على أموال الكفيل - نص قانوني : تنص المادة ٧٩١ مدني على ما يأتي :

« إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه . ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين » (٢) .

(١) ثرولون فقرة ٢٤٥ - جيوار فقرة ١٤٤ - بودر وقال فقرة ١٠٤٠ - وفي القانون الفرنسي ، حيث لا يكون واجباً أن تكون أموال المدين التي دل عليها الكفيل تن بالدین كله ، إذا دل الكفيل على أموال للمدين أو لبعض الدين بن سنولاً عن الباقي (بلانول وريبير وسافاتيه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٧ من المشروع التمهيدى على التوجه الآتى : « إذا قدمت الكفالة الشخصية تكميلاً لتأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدین ، ويتقدر ما يتبقى من هذا الدين » . وفي لغة المراجعة استبدلت عبارة « بعد هذا التأمين أو معه » بعبارة « تكميلاً لتأمين » ، أيضاً شمس المقصود . واستبدلت عبارة « فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين » بعبارة « فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدین ، ويتقدر ما يتبقى من هذا الدين » . وهى العبارة الواردة في آخر المادة ٢ حتى يبرز الحكم بوضوح . فصارت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المحدث الجديد ، وأصبح رقمها ٨٥٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٨٥٨ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٠ - ص ٥١٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسرى ، وقد جاء التقنين الألمانى أيضاً بحكم مشابه لهذا النص في المادة ٢/٧٧٢ . ويمتاز النص الذى أورده المشروع بدقة العبارة ، بحيث يستبعد أرجح التفسير الذى أثارها نص التقنين الألمانى والسويسرى . فالحكم الوارد بالمادة هام يشمل كل تأمين عيني من منقول وعقار ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١١) .

والمفروض أن هناك تأميناً عينياً على مال للمدين يضمن نفس الدين ، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو . وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود ، أى كفله بعد هذا التأمين أو معه .

والمقصود بالتأمين مال للمدين . عقار أو منقول . يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في الدين . أو عليه حق اختصاص أو حق امتياز ضماناً للمدين . وإذا كان النص يقول : « إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين » . فاقصر على تأمين عيني مصدره القانون أو الاتفاق ، فإنه لا يجب استبعاد حق الاختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائي لا بالقانون ولا بالاتفاق . لأن أحكام الرهن الرسمى تسرى على حق الاختصاص^(١) . ولكن يجب استبعاد المال الذى يباشر عليه الدائن الحق فى الحبس . لأن الحق فى الحبس ليس بتأمين عيني^(٢) .

وظاهر نص المادة ٧٩١ مدنى ساقفة الذكر لا يشترط أن يكون التأمين العيني مقررأ على مال مملوك للمدين . بل يقتصر النص على القول بأنه « إذا كان هناك تأمين عيني » . ولكن انص : كما نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدي ، مأخوذ من المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى والمادة

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٠ (مطابق) .

التقنين المالى المرقى : م ١٠٢٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٢ (العبارة الأخيرة) : وإذا كان للدائن رهن

أو حق فى الحبس على بعض أموال المدين المنقول ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعاً لتأمين موجبات أخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعاً .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٨ ص ١٥٠ - محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ١٠٩ -

جمال الدين زكى فقرة ٥٧ ص ١١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

٢/٧٧٢ مدني ألماني^(١) . وكلا النصين يتحدث عن تأمين عيني على مال للمدين^(٢) . فنص المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسري يجري على الوجه الآتي : « إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأميناً لحقه ، قبل الكفالة أو في نفس الوقت ، فإن الكفيل البسيط يستطيع أن يقتضي استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون أولاً . إلا إذا كان المدين في حالة إفلاس أو كانت الرهون لا يمكن تحقيقها بغير إفلاس المدين » . ونص المادة ٢/٧٧٢ ألماني تجري على الوجه الآتي : « إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي . وجب عليه أن يستوفي حقه أولاً من هذا المنقول . وإذا كان للدائن حق مماثل على نفس الشيء فيضمن ديناً له آخر ، فإن القاعدة السابقة لا تنطبق إلا إذا كانت قيمة الشيء تغطي الدينين معاً »^(٣) .

ولا يشترط في التأمين العيني أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول

(١) انظر نفس الفقرة في الهامش .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥١ - محمد علي إمام فقرة ٦٦ ص ١١٠ - جمال الدين زكي فقرة ٥٧ ص ١١٧ - سليمان مرتس فقرة ٨٤ ص ٩٢ - منصور مطصن منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ - ص ٩٤ - انظر عكس ذلك شمس الدين الوكيل : مذكرات في الكفالة ص ١٤٠ - الآلة الكاتبة ص ٣٠ حيث يجيز أن يكون التأمين العيني وارداً على مال لغير المدين ، أي على مال لكفيل عيني فيجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده .

وإذا كان التأمين العيني مقرراً على مال لغير المدين ، فإن هذا الغير يكون كفيلًا عينيًا . وليس للكفيل العيني حق تجريد المدين (م ١٠٥٠ مدني وانظر أيضاً فقرة ٤٨ في الهامش) ، كما أنه ليس له حق تجريد الكفيل الشخصي . ولكن الدائن يستطيع أن يرجع على أي من الكفيل العيني أو الكفيل الشخصي ، وليس لأي من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر . لذلك إذا وجدت كفالة عينية وكفالة شخصية لنفس الدين ، فليس الدائن مقيداً بالرجوع أولاً إلى الكفالة للعينية ، بل له أن يرجع أولاً إلى الكفيل الشخصي ، وللكفيل الشخصي أن يطالب بتجريد المدين لا بتجريد الكفيل العيني . وهذا بخلاف ما إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال المدين ، فإن الدائن يجب عليه أن يرجع أولاً إلى هذا المال ، وما بقي من الدين بعد ذلك يرجع به الدائن على الكفيل الشخصي (م ٧٩١ مدني سألته الذكر) .

(٣) ويمكن أن يكون التأمين العيني قد قرره المدين على ماله ، حتى لو خرج هذا المال من ملكيته إلى الغير بعد الرهن (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥٢) .

وحده . بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١) .

وظاهر أن هذه هي صورة خاصة للدفع بالتجريد^(٢) ، فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العيني المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو ، أى أنه يطلب تجريد التأمين العيني الذى قدمه المدين أولاً . على أن الكفيل كان له أن يطلب تجريد المدين من أمواله كما سبق القول ، ولكن هذا التجريد في صورته العامة يشترط فيه أن يدل الكفيل على مال للمدين يكفى للوفاء بالدين كله كما رأينا . أما هنا حيث قدم المدين تأميناً عينياً . فلا يشترط في هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كله . فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني واستيفاء جزء من حقه . وما بقى من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل . ولكن يبدو أن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع بالتجريد في صورته العامة ، فيطلب من الدائن عند ما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين . أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذى قدمه المدين تأميناً عينياً . ويشترط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقي من الدين ، وإلا نفذ الدائن بالباقي من الدين على أموال الكفيل .

وقد قدمنا أن هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد ترجع إلى أن التأمين العيني الذى قدمه المدين . وقد كان سابقاً على الكفالة أو معاصراً لها كما ذكرنا . قد اعتمد عليه الكفيل في كفالته للمدين . فمن حقه أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولاً على هذا التأمين العيني قبل أن ينفذ على أمواله . وقد رأينا^(٣) أن المادة ٤٨٩ مرافعات^(٤) تنص على أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ

(١) اسرأنا من العنصر في الهامش .

(٢) وهل ذلك يجب على الكفيل التمسك بهذه الصورة كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، فلا يحكم النامى فيها من تلقاء نفسه (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥٣ - سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ٩٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٨ في آخرها .

(:) فطرها يتقابل هذه المادة في تقنين المرافعات الجديد الذى ظهر أخيراً .

إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ومعنى ذلك أنه إذ قدم المدين تأمينا عينيا على مال خصصه للوفاء بالدين . فله أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا المال المخصص للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على سائر أمواله . فأولى أن يطلب الكفيل ذلك أسوة بالمدين ، فيطالب الدائن أن ينفذ أولا على المال الذي خصصه المدين للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على أموال المدين^(١) . وهذه هي نفس الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد التي نحن بصدددها .

وبمخلص مما قدمناه أن هناك شروطاً لتطبيق المادة ٧٩١ مدني سألقة الذكر يمكن تلخيصها فيما يأتي : (١) أن يكون هناك تأمين عيني قدمه المدين لضمان دينه ، ويستوى أن يكون هذا التأمين على عقار أو على منقول . مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه . ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين . أو غير كافٍ للوفاء به . ويشمل التأمين العيني الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحق الامتياز ، ولا يشمل الحق في الحبس . (٢) أن يكون هذا التأمين العيني قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة ، أو معاصراً لها . ولا يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة ، لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عيني سبق كفالاته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تأمين عيني تقرر متأخراً عنها . (٣) أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين . وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن . فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين في التأمين العيني الذي قدمه وفي سائر أمواله . ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن نفعه في مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني . وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام في حق التجريد بوجه عام . (٤) أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني . فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها . وقد سبق بيان هذا الشرط أيضاً عند الكلام في حق التجريد بوجه عام^(٢) .

(١) وذلك ما لم تكن للكفالة سابقة على هذا التأمين العيني ، فلا يكون الكفيل في هذه الحالة قد اعتمد على هذا التأمين .

(٢) انظر في هذه الشروط منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ .

٥١ - ما يلتزم به الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل - نص قانوني :
تنص المادة ٧٨٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع » .

« ٢ - فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس . وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل » .

« ٣ - أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى . فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين » (١) .

ويفترض هذا النص أن الكفيل لم ينجح في دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين ، أو أن الكفيل تقدم مختاراً للدائن دون دعوى ووفى الدين . ففي هذه الحالة ، يكون للكفيل الذى وفى عن المدين حق الرجوع على هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وسيأتى بيان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٧ من المشروع التمهيدى هل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٥ ، في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩١ - ص ٤٩٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « بقدر هذا النص واجبا منطقيا على الدائن بأزاء الكفيل بناء حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن من هذا الحلول . والنص منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى ، مع شئ من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس . وحكمه غنى عن التعليق ، إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٥٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٧٩٦ (مطابق) .

التقنين المدنى المراقى م ١٠٢٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود البنائى لا مقابل .

ذلك . وفي جميع الأحوال ، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن . يجب على هذا الأخير أن يتمكن ، بما يستطيع من الرجوع على المدين . ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين . إذا أظهر الدائن استعداداً للقيام بالتزامه بمجرد استيفائه . فإذا انس الكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه . استطاع الكفيل ، بدلاً من أن يوفى له الدين . أن يودعه إيداعاً قضائياً طبقاً للتواعد المقررة لذلك . وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائي أن يرجع على المدين . وكل ذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٣٤٩ مدني من أنه « ١ - لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب سند الدين أو إلغائه . فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضائع السند . ٢ - فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة . جاز للدائن أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً » .

والذي يلتزم به الدائن نحو الكفيل . إذا وفى هذا الأخير الدين الأول . هو ما يأتي :

أولاً - أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع . ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهي في يد الدائن فيجب أن يسلّمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها على المدين . ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك ينبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين . وغنى عن البيان أن الكفيل ، إذا اضطر إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا ، يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة ، فيتمكن من الرجوع على المدين .

ثانياً - ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سرى . فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول في تأمينات الدين . فإذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول في يد الدائن ، وذلك كما إذا كان في يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين . أو ما هو في حكم التأمين إذا كان هناك منقول في يد الدائن محبوس في

الدين ، وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول . وذلك حتى يحل فيه محل الدائن في حق رهن الحيازة أو في الحق في الحبس ، فيحبسه في يده كما كان يحبسه الدائن ، ضماناً لحقه في الرجوع على المدين .

ثالثاً - أما إذا كان التأمين عقارياً ، بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذاً عليه حق اختصاص أو واقع عليه حق امتياز ضماناً للدين ، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه . ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الدين عقاراً كانت أو منقولاً ، سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها ، حتى يحل فيها الكفيل محله . وسرى ، عند الكلام في انقضاء الكفالة بطريق أصلي ، ما هي هذه التأمينات ، وما الذي يترتب على إضاعة الدائن لها .

٥٢ - أفيل الكفيل - نص قانوني : تنص المادة ٧٩٧ مدني على ما يأتي :

« تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا تجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - لا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصل والكفلاء المسئولون من كل الدين مصرين ، أو حيث تكون ذمتهم قد برئت بسبب دفع شخصية خاصة بهم . ٢ - أما إذا كان كل كفيل غير مسئول عن الدين كله ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصل والكفيل المكفول مصرين ، أو حيث تكون ذمتهم قد برئت بسبب دفع شخصية خاصة بهما . ورأت لجنة المراجعة أن يحل محل نص المشروع التمهيدي النص الآتي ، وهو يجعل كفيل الكفيل في علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الأصل لدينا أصلياً بالنسبة إلى حق رجوع الدائن عليه : « تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا تجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل » ، وصاحب النص رقمه ٨٦٥ في المشروع النهائي . وأضافت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب في آخر النص العبارة الآتية : « إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل » فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٤ ، =

وكفيل الكفيل ، ويسمى أيضاً بالمصدق (certificateur) ، هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن ، دون أن يكفل المدين . فكفيل الكفيل يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل . لا التزاماً أصلياً هو التزام المدين . والالتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل . كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي . ولا يفترض كفالة الكفيل . فإذا كفّل المدين الأصلي كفيلاً أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان . لم يفترض في الكفيل الثاني أنه كفيل لكفيل الأول ، بل هو كفيل ثان للمدين الأصلي^(١) .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفّل الكفيل دون المدين الأصلي . فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً . ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلاً ، وعلى ذلك تسرى في العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفيل . وذلك قبل أن يرجع الدائن

مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها جلسته ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٧ (بمجموعة الأعمال التحضيرية هـ ص ٥٣١ - ٥٣٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الآخر :

التقنين المدني السوري م ٧٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٣٩ : الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن ككفيل

الكفيل ، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة له .

قانون المودجات والمقود اللبناني م ١٠٦٣ : تصح كفالة الكفيل كما تصح كفالة

المدينون الأصلي .

م ١٠٧٦ : لا يلزم كفيل الكفيل تجاه الدائن إلا إذا أصبح المدينون الأصلي وجميع الكفلاء في حالة العجز ، أو إذا برئت ذمتهم بناء على أسباب شخصية مختصة بالمدينون أو بالكفلاء .

(١) : بلانيول وريبير وسافيتيه فقرة ١٥٣٨ ص ٩٨٨ - زانير ١٩ نوفمبر سنة

١٨٥٣ دالوز ٥٥ - ٥ - ٦ - ركون الكفيل الثاني هو كفيل ثان للمدين الأصلي لا يفيد ، فيما يبدو ، أنه لا يتأخر عن الكفيل الأول في كفالته ، بل يكون كل كفيل من الكفيلين كفيلاً للمدين الأصلي ، وتسرى القواعد المتعلقة بتعدد الكفلاء .

عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل . فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل^(١) . وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل . أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي^(٢) . ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل . انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق التقسيم^(٣) .

ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفع دفع خاصة بالكفيل ودفع خاصة بالمدين الأصلي^(٤) . ويجوز له أن يتمسك بالدفع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلي^(٥) . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينيه قدمها المدين الأصلي ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول^(٦) . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة^(٧) .

(١) وهذا كله إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي ، أما إذا كان متضامناً معه فلا يملك كفيل الكفيل طلب سبق الرجوع على المدين أولاً ولا تجريده ، ولكن يملك طلب سبق الرجوع على الكفيل وتجريده (قارن سليمان مرقس فقرة ٩٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠ - فقرة ٤٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٥ - فقرة ٤٦ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦ .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٧) دانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ - ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا المعنى : « ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين في حق كفيل الكفيل في الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه . ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ، فيما نرى ، ولو لم يكن متضامناً مع المدين ، من الدفع بتجريد المدين مادام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين ، وإلا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن (منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٤) - انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٢ - سليمان مرقس فقرة ٧٧ ص ٧٩ - محمد علي إمام فقرة ٦١ ص ٩٩ .

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل ، فإنه تسرى في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن التي سيأتي ذكرها ، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولاً على الكفيل أو على المدين الأصلي ، ولا أن ينفذ الدائن أولاً على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلي . ولكن إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي ، فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل باسم هذا الأخير ، فيطلب من الدائن الرجوع أولاً على المدين الأصلي . وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أمواله هو .

وإذا وفي كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلي ، أو عليهما معاً مسئولين بالتضامن (in solidum) . ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، كما سترى في رجوع الكفيل على المدين^(١) .

المطلب الثاني

الكفيل متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٥٣ - تضامن الكفيل مع المدين - نص قانوني : تنص المادة ٧٩٥ مدني على ما يأتي :

« في الكفالة القضائية أو القانونية . يكون الكفلاء دائماً متضامنين »^(٢) .

(١) وإذا رفع الدائن الدعوى على كفيل الكفيل ، كان هذا أن يدخل الكفيل في الدعوى وكذلك المدين ، ليحكم على كل منهما بأن يرد الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير إذا نفذ هذا ما حكم به عليه (استئناف مخلط ٥ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٤٦ ص ٣١٤ - سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٠٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ - لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ - كذلك يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء المتآمرين بمقتد واحد . ٣ - أما في الكفالة القضائية أو القانونية ، فيكون الكفلاء دائماً متضامنين . » وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الأولى والثانية لأنهما تطبقان لأنواع العامة ، واستغنت

وفيه من هذا النص أن كلا من الكفيل القضائي والكفيل القانوني يكون دائماً ، وبحكم القانون ، متضامناً مع المدين . وقد قدمنا أن الكفيل القضائي هو الكفيل الذي يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب حكم قضائي في أحوال معينة نص عليها القانون ، والكفيل القانوني هو الكفيل الذي يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب نص في القانون^(١) . فتي قدم المدين للدائن كفيلًا يكفل الدين ، بموجب حكم قضائي أو بموجب نص في القانون ، كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين^(٢) . وعلى ذلك تكون هذه الحالة هي إحدى حالات تضامن الكفيل مع المدين ، وقد قررها القانون بنص صريح .

الفقرة اشارة ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٢ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٩) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق :

م ٤٩٨ / ٦٠٨ : في حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

م ٤٩٩ / ٦٠٩ : أما الكفالة التي تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم ، فتستلزم التضامن حتماً مع كفالة الفوائد والمصاريف .

م ٥٠٤ / ٦١٥ : في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بمقد واحد بنير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته في الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعبء عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٦١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٣٠ : ١ - لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ - أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين .

قانون الموجبات والمقود اللبناني م ١٠٦٩ : إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق

صريح - فإذا اشترط التكافل أو كانت الكفالة تعد هلاً تجارياً من الكفيل ، كانت مفاعيلها خاضعة للأحكام المختصة بالموجبات المتضامنة بين المدينين .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤ .

(٢) والمدين إذا التزم بتقديم كفيل ، بموجب حكم قضائي أو بموجب نص في القانون ،

ذلك بأن تضامن الكفيل مع المدين يتقرر : كالتضامن ما بين المدينين الأصليين ، إما بالاتفاق أو بنص في القانون . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٧٩٥ مدنى بنص على ما يأتى : « ١ - لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن فى عقد الكفالة أو فى عقد منفصل ... ٣ - أما فى الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائماً متضامنين » . وفى لجنة المراجعة لم تسبق إلا الفقرة الثالثة . لأن باقى النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة^(١) .

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين . فيكون المصدر إذن هو الاتفاق أو القانون .

(المصدر الأول) الاتفاق : وأكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الاتفاق ، فيشترط الدائن تضامهما معاً . وهذا الذى يقع فى العمل غالباً ، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لا بد من اشتراطه . إلا أنه من الناحية العملية هو الذى يقع فى العادة ، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين^(٢) . وبصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين وهذا هو العال . كما يصح أن يكون فى عقد مستقل يأتى تالياً لعقد الدين . كما إذا كانت

صفاته يقدم عادة كفيلاً واحداً ، فيكون هذا الكفيل متضامناً مع المدين . وهذا هو المعنى المقصود كما يظهر من نص للمادة ٧٩٥ مدنى سالفة الذكر عندما نقول : « يكون الكفلاء دائماً متضامنين » ، أى يكون الكفيل الذى قدمه المدين لدائن متضامناً مع المدين . ولكر ظاهر النص يفهم منه أنه فى حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين ، وهذه حالة نادرة لم تكن ماحوطة وقت وضع النص ، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة . ومتضامنين فيما بينهم من جهة أخرى . ولا مانع من قبول هذا التفسير فى حالة تعدد الكفلاء القضائيين أو القانونيين الذين يقدمهم المدين ، وإن كان المدين كما سبق القول لا يقدم فعلاً إلا كفيلاً واحداً فيكون هذا الكفيل متضامناً مع المدين (انظر فى هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ٩٧ هامش ١) .

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) مبدان وفواران ١٣ فقرة ١٣٢ - بلانبول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٤٦ - أنسيكلويدى دالورز لفظ Cautionnement فقرة ٢٣١ .

الكفالة في عقد مستقل يأتي تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن .
 وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً في العقد الذي أنشأ الدين أو كان
 تالياً له . فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً
 واضحاً لا شك فيه^(١) . فإذا لم يشترط الدائن التضامن ، فسر العقد لمصلحة
 الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين . وشرط التضامن قد يكون ضمناً ،
 إذ الشرط الضمني غير الشرط المفترض . فالتضامن لا يجوز أن يقوم على
 شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمني . ويترتب على عدم
 جواز افتراض التضامن أن من يدعى قيام التضامن عليه أن يثبت وجوده ،
 ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، وعند الشك في
 قيام التضامن يعتبر أنه غير موجود .

(المصدر الثاني) القانون : وقد رأينا مثليين على تضامن مصدره القانون
 ما بين الكفيل والمدين ، وهما الكفالة القضائية والكفالة القانونية . فكل كفيل
 قضائي يكون متضامناً مع المدين ، وكذلك يكون متضامناً مع المدين كل
 كفيل قانوني . وصدر التضامن هنا نص في القانون هو المادة ٧٩٥ مدني
 التي مر ذكرها^(٢) . كذلك إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية

(١) أحكام تقضي بالتضامن : استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١
 ص ١٦٨ (كتاب أرسله أحد الورثة والتزم فيه بدفع دين مورثه إذا لم تدفعه الشركة في أجل
 معين : كفالة تضامنية فهما يزيد على نصيبه) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٨٣ -
 أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٩ (المادة ٦٠٨ مختلط لا تستلزم استعمال لفظ
 « التضامن » ، بل مرد ذلك إلى تقدير القاضي) - بني سويف الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٢٩
 المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ (عبارة « ضمان المستأجر في سداد مبالغ الإيجار ضماناً حضور
 ضرور والزام كشخصه » تفيد التضامن) .

أحكام تقضي بعدم التضامن : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢
 (لفظ « عزوم » لا يفيد التضامن) - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٨ (وقع شخص
 على بياض ، واستخلصت المحكمة أنه لم يوقع كشاهد ولكن ككفيل ، ولم تحكم بتضامنه لعدم
 وجود شرط واضح في ذلك) - ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ (الكفالة المغطاة
 في عقد إيجار لا تكون تضامنية ، ولو كان جميع أطراف العقد تجاراً وكان موضوع التعاقد
 استغلالاً تجارياً ، ما لم يتفق على غير ذلك) .

(٢) بني سويف الكلية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠ .

ضماناً احتياطياً . فإن الضامن الاحتياطي (aval) يكون كفيلاً متضامناً مع المدين . ومصدر التضامن هنا نص في القانون . فقد نصت المادة ١٣٩ تجارى على أن « الضمان الاحتياطي يكون عن الساحب أو المحيل ، ويلزم الضامن احتياطاً بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التي يلزم المضمون على سحبها ، ما لم توجد شروط بخلاف ذلك بين المتعاقدين »^(١) . وإذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) الأوراق التجارية . فالتقابل والمحيلون كفلاء للساحب متضامنون معه . ومصدر التضامن هنا نص في القانون . فقد نصت المادة ١٣٧ تجارى على أن « ساحب الكميالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن »^(٢) . وفي بيع السفينة نصت المادة ١/٢٣ من التتمين البحري على أنه « يجب على الراعى عليه مزاراد السفينة من أبة حمولة كانت أن يدفع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت مرمى المزاراد ثلث الثمن الذي رسا به المزاراد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة . ويؤدى كفيلاً معتمداً بالثلاثين يكون له محل في القطر المسمى ويضع إمضاءه مع المكفول على السند . ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلاثين المذكورين في ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرمى المزاراد . فهنا يقدم الراعى عليه مزاراد السفينة كفيلاً بثلثي الثمن ، أى ما يتبقى في ذمته من الثمن . ويكون هذا الكفيل متضامناً معه أى مع المدين نحو الدائن . وذلك بموجب المادة ١/٢٣ بحرى سالفه الذكر .

٥٤ - تضامن الكفلاء فيما بينهم : وقد يتعدد الكفلاء . ويكونون متضامين فيما بينهم ، وغير متضامين مع المدين . ومصدر تضامن الكفلاء فيما بينهم هو أيضاً ، كمصدر تضامن الكفيل مع المدين فيما قدمناه ، الاتفاق أو القانون .

وبحوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامين فيما بينهم ومتضامين مع

(١) انظر آتفاقرة ٢٧ .

(٢) انظر آتفاقرة ٢٧ .

المدين في وقت واحد . وهذا هو الغالب . فيكون الكفلاء والمدين متضامنين خيماً ، الأولون باعتبارهم كفلاء والآخر باعتبارهم مديناً أصلياً .

ويجوز أن يكون كل من الكفلاء المتعددین متضامناً مع المدين ، دون أن يكون هؤلاء الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم . فلو أن مديناً واحداً كان له كفيلان ، وكان كل كفيل متضامناً معه ، فإن الكفيلين لا يكونان متضامنين فيما بينهما ، مع أن كل كفيل منهما متضامناً مع المدين . ولكن مع ذلك يسرى على الكفيلين كثير من أحكام التضامن كما لو كانا متضامنين فيما بينهما ، وبوجه خاص يكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين ولا يكون لأى منهما حق التقسيم ، إذ أن كلا منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين (١) .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء ، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه . فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء ، اثنان منهم متضامنان معه والثالث غير متضامن ، فالأثنان المتضامنان معه لا يكون لأى منهما حق التقسيم ولا حق التجريد ، ويكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين . أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه فلا يكفل إلا حصته في الدين ، ويكون له أيضاً حق التجريد .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون في دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين (٢) . فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ، ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين ، لم يكن هؤلاء المدينين المتضامنين فيما بينهم حق التقسيم ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد ، كان لهم حق التقسيم ، وكان لهم أيضاً حق التجريد . فإذا كفّلوا بعقود

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ .

(٢) أما إذا كان المدينون غير متضامنين ، فإن الدين ينقسم عليهم فيصبح عدة ديون ، لكل دين مدين . فتزول المسألة إلى أن يكون هناك مدين واحد كفله كفلاء متعددون ، وقد عالجنا فيما تقدم الصور المختلفة لهذا الغرض .

متوالية ، لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون هـ
ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامين مع المدينين المتضامين
فإذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ومتضامين أيضاً مع المدينين المتضامين
لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد (١) .

٥٥ - تطبيق أحكام التضامن : ويطبق على الكفلاء المتضامين
فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام
التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامين فيما بينهم ، فهو لاء يكونون في العلاقة
بينهم وبين الدائن ، مدينين متضامين ليس لهم حق التقسيم . ولهم حق
التجريد إذا كانوا غير متضامين مع المدين . وليس لهم هذا الحق إذا كانوا
متضامين معه . فيجوز للدائن أن يطالب أياً من الكفلاء المتضامين فيما
بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل (٢) . ويجوز لكل كفيل
أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعاً ،
ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر . أما إذا انقضى

(١) وإذا كان هناك مدينان متضامان ، كفل أحدهما كفيل وكفل الثاني كفيلان بمقد
واحد ، فإن كفيل المدين الأول يكون مسئولاً عن كل الدين لأنه كفل مديناً متضامناً مع
كل الدين . أما كفيل المدين الثاني فيقسم الدين بينهما لأنها كفلاء بمقد واحد . فإن كفلاً
بمقدين متواليين ، كان كل منهما مسئولاً عن كل الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم
(سليمان مرقس فقرة ٩٩ ص ١١٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه جرى قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم بأن
مؤد نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامين تسرى في حق باقي
المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامين تسرى في حق سائر زملائه لاتحادهم
في المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم في مقاضاة
الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامين
بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامين بعضهم وبعض ، وتكون مطالبة الدائن لبعض
الكفلاء المتضامين بالدين مطالبة منه للآخرين : ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة
على باقي الكفلاء المتضامين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم (نقض ماني ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦
مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩) .

التزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء ، كتجديد أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم ، فإن أثر انقضاء الالتزام يقتصر عليه ، ولا يحتاج أى كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الانقضاء ، ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط . وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فيعتبر كل كفيل ممثلاً للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين ، لم يحجز له أن يرجع على أى من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن (١) .

وفما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين ، يكون الاثنان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أياً من المدين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه بوجه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفع التى يستطيع أن يحتج بها . فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة ، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى .

٥٦ - الكفيل المتضامن والكفيل العادى - مرمز الكفيل المتضامن

من مرمز التجريد - نص قانونى : تنص المادة ٧٩٣ مدنى على ما يأتى :

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم ، فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن . ويكون هذا الرجوع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانوناً بين المهددين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملقى . وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين ، فإنه يتعين فى شأن تقادمها إعمال قواعد القيام المقرر فى شأن الوكالة ، واعتبار مدة التقادم بالنسبة لك الدعوى خمس عشرة سنة ، تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ بين هذا التاريخ فقط يبدأ حقه فى الرجوع على المتهدين المتضامنين معه ، ويصح هذا الحق مستحق الأداء (نقض مدنى ١٠ نبرابر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ من ٢٧٩ - وهو الحكم السابق الإشارة إليه فى الفاضل السابق) .

« لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد » (١) .

وقد رأينا أن الكفيل العادي له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ، وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولاً وهذا هو حق التجريد . أما الكفيل المتضامن ، فليس له أن يتمسك بأى من الحتين .

فاذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولاً على المدين . وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ، ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين . فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادي ، ولكنه يختلف عن الكفيل العادي في أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين . فالدائن إذن مخير إن شاء رجع على المدين وإن شاء رجع على الكفيل المتضامن ، وإذا رجع على أحدهما فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول . بل للدائن أن يرجع عليهما معاً في وقت واحد . سواء كان الرجوع ابتداءً أو كان بعد الرجوع على أحدهما . وتنص المادة ١٠٣١ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه « إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، وقد أضافته لجنة المراجعة نقلاً عن المادة ١١٥٧ من لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وأصبح رقمه ٨٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٠ ، ثم بس الشيوخ تحت رقم ٧٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٤ : - ص ٥٣٥) .

ولا مقابل للنص في التتئين المدني السابق .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التتئين المدني السوري م ٧٥٩ (مطابق) .

التتئين المدني الليبي م ٨٠٢ (مطابق) .

التتئين المدني العراقي م ١٠٣١ : إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبمذ مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٦٩ (انظر آتفاقرة ٥٣ في الهامش) .

غير في المطالبة إن شاء طالب الدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً^(١) أما الكفيل العادي ، فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين . وإذا فعل الدائن ذلك ، كان للكفيل العادي أن يدفع رجوع الدائن عليه يوجب رجوعه أولاً على المدين .

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولاً ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ، وهذه ميزة أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين . أما الكفيل العادي ، فلا يجوز للدائن أن ينفذ الدين على أمواله أولاً ، وله أن يتمسك بحق التجريد .

٥٧ - الكفيل المتضامن والمدين المتضامن - أوجه الدفع التي يستطيع

أنه يمتنع بها كل منهما - نص قانوني : تنص المادة ٧٩٤ مدني على ما يأتي :

« يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين »^(٢) .

(١) انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) قاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية » المدين المتضامن ، فيجوز له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة « لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن » لأنها أدخلت في الفقه منها في التشريع ، ولأن حكم المادة بعد حذف هذه الفقرة يستخلص منه مدلولها ، فأصح النص ، تحت رقم ٨٦٢ . في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٤ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٥ ص ٥٢٥ - ص ٥٢٦) .

ولا مقابل النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٦٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٠٣ (مطابق) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى لنص هذه المادة أنها « تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفعه الشخصية والدفع المتعلقة بالمدين دون الدفع الخاصة بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بكل الدفع التي يتمسك بها الكفيل العادى مع حرمانه من حق التقسيم والتجريد ؟ والتشريع المصرى (السابق م ٦٢٢/٥٠٩) ، وبجاريه المشروع في ذلك ، يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل ، متضامناً أم عادياً ، له أن يدفع بكل دفع المدين ، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأى في الواقع مع اتجاه التقنيات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل في التمسك بكل الدفع التي للمدين حتى الشخصية منها . كذلك بجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضاً : انظر على الأخص نقض ٦ بونه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٣٢٢ رقم ١٥٤ - استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١١٦٢ رقم ٤٩١ - استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب ٧ ص ١٣٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب ٢٣ ص ٢٧٣ - راجع مع ذلك بنى سويى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠) « مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ - ٥٢٦ » (١) .

— التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجهات والمقود اللبنانى م ١٠٦٩ (انظر آنفا فقرة ٥٢ في الهامش) .

(١) والقضاء الفرنسى يعتبر الكفيل المتضامن في مركز المدين المتضامن ، ويستند في ذلك إلى نص المادة ١٠٢١ مدنى فرنسى وتجربى على الوجه الآتى : « الدفع بالتجريد لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ، وفي هذه الحالة تسرى على الكفيل للقواعد المقررة في شأن المدينين المتضامين » فيقضى هذا النص ، كما نرى ، بأن التزام الكفيل المتضامن مع المدين تسرى عليه القواعد المقررة في شأن المدينين المتضامين . ولكن الفقه الفرنسى يميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن ، فالأول يعتبر كفيلاً ويكون للترامة تابعا لالتزام المدين الأصل ، أما الثانى فيعتبر مديناً أصلياً . وتد سار القضاء المصرى في عهد التقنين المدنى السابق ، على مذهب الفقه الفرنسى ، ويميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن (انظر الأحكام المشار إليها في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٦ —

ويقتضينا ذلك أن نبحث ما هي الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين المتضامن ، ثم ما هي الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها الكفيل المتضامن مع المدين .

فأوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدني على الوجه الآتي : « ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً ، . فيكون مثل أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء ، أن تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضاء أو بنقص في أهلية هذا المدين ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد النعمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذي قام السبب من جهته وبدفع بها مطالبة الدائن . وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فكان يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط الهل أو السبب أو لعيب في الشكل ، أو يكون العقد قابلاً للإبطال لصالح جميع المدينين بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً في غلط جوهري ، أو يكون العقد قابلاً للفسخ بأن يكون الدائن مثلاً لم يف بما تعهد به فيكون لكل من المدينين

« وهي الأحكام المذكورة في المتن) . وأخذ التقنين المدني الجديد بهذا التمييز بنص تشريعي ، هو المادة ٧٩٤ مدني صالفة الذكر . فيعتبر الكفيل المتضامن مع المدين كفيلًا لا مدينًا أصليًا ، وله أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل العادي من دفوع : وسبأني تفصيل ذلك فيما يلي في المتن في نفس الفقرة - وانظر القانون الفرنسي من قضاة وفقه في بودري وقال فقرة ٩١٩ - أوبري ورد ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣ - دانيول ريبير وساقايتيه فقرة ١٥٣٩ - دانيول ريبير وبولانجييه فقرة ١٩٤٦ - كولان وكايتان ودی لامورانديير ٢ فقرة ١٤٠٦ - وافظر أيضا محمد كامل مرسى فقرة ١٠٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧١ - سامان مرقس فقرة ٨٦ - فقرة ٨٨ .

المتضامنين حق المطالبة بالفسخ ، أو يكون أحد الدائنين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن . ولا يحتج المدين المتضامن المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامين ، كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غير . فى غلط جوهرى فلا يحتج هو بذلك ، وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين ، وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع ، وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره فلا يطالب هو بالفسخ ، وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة هذا المدين^(١) . ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بالدفع التى ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلًا ، لأنه ليس بكفيل بل هو مدين أصلى . لذلك لا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من التأمينات ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد مدين متضامن آخر ، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تغطية مدين متضامن آخر .

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل للمتضامن مع المدين ، فتتصل المادة ٧٩٤ مدنى كما رأينا على أنه « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعات متعلقة بالدين » . فالكفيل المتضامن إذن ، فى التقنين المدنى الجديد ، ليس فى مركز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلًا التزامه تابع للالتزام الأصيل . ويتفق هذا الحكم ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما أسلفناه ، « مع اتجاه التقنيات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفعات التى للمدين ، حتى الشخصية منها » . ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعات متعلقة بالدين ، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقاً للمادة ١/٧٨٢ مدنى

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٨٨ — فقرة ١٩٤ .

« له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين » ، فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن . فالكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين ، لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام . أما المدين المتضامن فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر ، كأن انعدم رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول . وللکفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصلي لأن التزامه يكون تبعاً لذلك قابلاً للإبطال ، أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابلية التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر ، كأن كان رضاءه معيباً أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية . ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي ، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته كما سبق القول . وإذا انقضى التزام المدين الأصلي بسبب غير الوفاء ، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للكفيل المتضامن مع المدين ، والتزامه تابع لالتزام المدين ، أن يتمسك هو أيضاً بانقضاء التزامه . أما المدين المتضامن ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذي قام به سبب الانقضاء . وهناك دفع ترفع إلى مركز الكفيل باعتباره كفلاً . ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك . فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات وبتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي وبعد تقديم الدائن في تفليسة المدين الأصلي ، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشيء من ذلك .

ومن ذلك نرى أن المبدأ الأساسي هو أن التزام الكفيل المتضامن مع المدين ، كالتزام الكفيل العادي ، تابع لالتزام المدين الأصلي ، فينقضي التزام الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلي ولو لسبب آخر غير الوفاء . وهذا بخلاف المدين المتضامن ، فإن التزامه ليس تابعاً لالتزام مدين متضامن آخر ، ولذلك لا يستطيع أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامين جميعاً . ولا يحتج بانقضاء التزام مدين متضامن آخر لسبب غير الوفاء إلا بقدر حصه هذا المدين ، في حين أن الكفيل المتضامن له أن يحتج بانقضاء الدين كله ولو انقضى لسبب آخر غير للوفاء^(١) كما سبق القول .

وإذا أراد الكفيل المتضامن أن يكون في مركز المدين المتضامن نفسه ، فلا يحتج إلا بأوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن وبالقدر الذي يحتج به هذا الأخير ، وفي ذلك تقوية لضمان الدائن إذ يكون مسئولاً أمامه مدينان متضامنان لا مدين وكفيل متضامن معه ، فما على الكفيل المتضامن إذا قبل تقوية ضمان الدائن على النحو السالف الذكر إلا أن يتقدم ، لا ككفيل متضامن مع المدين ، بل كمدين متضامن أصلي شأنه في ذلك شأن سائر المدينين المتضامين . ويبقى في علاقته بالدائن مديناً متضامناً لا كفيل متضامناً

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن للشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن في الحكم النهائي نص عليه في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذي يربط المتضامين بعضهم ببعض ناشئاً من مصدر واحد . وإذن فمطالبة أي واحد من المدينين المتضامين تسري في حق باقي المدينين ، كما أن مطالبة أي واحد من الكفلاء المتضامين تسري في حق سائر زملائه ، لاتحاد المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم في مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سارياً فيما بين المدينين المتضامين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامين بعضهم وبعض ، لا فيما المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة الفواعل القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما الجزء الثاني ص ٩٣٨ رقم ١٤) .

مع المدين ، ولا تظهر حقيقة مركزه وأنه كفيل لا مدين أصلي إلا في علاقته مع المدين الأصلي . إذ يكون هذا المدين الأصلي هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمل به كله ، وإذا وفاه للدائن لم يرجع بشيء على الكفيل ، أما إذا وفى الكفيل الدين للدائن فإنه يرجع به كله على المدين الأصلي . وفى ذلك تقول المادة ٢٩٩ مدنى : « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقيين » (١).

(١) هذا وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثالث من الوسيط ، في خصوص المادة ٢٩٩ مدنى ، ما يأتى « ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً هم أصحاب المصلحة في الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثر هم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فإذا يكون في هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليس لهم مصلحة في الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون في الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لاشك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك في الوضع القانونى المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء ، بل برزوا جميعاً مدينين متضامين ؟ يسوقنا هذا إلى إبراد عبارة سريعة في تاريخ الكفالة . لم يكن القانون الرومانى القديم يعرف الكفالة في وضعها الحديث ، ولم يكن معصوماً في صناعة هذا القانون أن شخصاً آخر يلتزم بنفس الدين الذى التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصلياً معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذا أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزم المدين . ولما كان التضامن معروفاً من زمن قديم وقد سبق الكفالة - بل هو الأصل الذى نشأت الكفالة عنه - فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، في القانون الرومانى القديم ، مديناً متضامناً مع المدين الأصلي . ثم ما لبث القانون الرومانى أن تطور ، وبدأت معالم الكفالة تكتسب شيئاً فشيئاً ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف في النهاية أن التزامه ليس التزاماً أصلياً بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول . حل أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقاً للدين ، فرجعت في تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت في الرقت الحاضر تنطوى على صور متدرجة . فأبسط صورها وأضعفها توثيقاً للدين هى ، كما أشرنا إلى ذلك في مكان آخر ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين . فيكون الكفيل في هذه الصورة مديناً قابلاً ، له حق تجريد المدين الأصلي ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين . ثم تأتى صورة =

المبحث الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين

المطلب الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

٥٨ - المجموع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول : إذا وفي

ثانية للكفالة هي أقوى في توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً قابلاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التمسك مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم . ثم تأتي صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة في توثيق الدين ، هي أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه ، كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مديناً قابلاً ، ولكن ليس له حق التمسك مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه . ثم تأتي الصورة الأخيرة للكفالة وهي أقوى الصور جميعاً في مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع الدين . وهكذا نمود للكفالة إلى ما كانت عليه في عهدنا القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصنعة القانونية كما كان الأمر في القانون الروماني القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات علمية هي الوصول في توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التمسك مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً قابلاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول . . . أما في علائهم (المدينين المتضامنين) بينهم بعض ، فقواعد الكفالة هي التي تسري دون قواعد التضامن . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلي بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا الدين بشيء على المدينين المتضامنين منه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلي بالدين فدفعه ، رجع الدائع بالدين كله على المدين الأصلي كما يفعل الكفيل الذي وفي الدين في رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين . . . وإذا دفع مدين غير ذي مصلحة في الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إليه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة في الدين فوجدهم جميعاً مسررين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين . (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٨) .

الكفيل الدين للدائن ، كان في حكم من وفى دين غيره . ذلك بأن الكفيل لم يكن في الأصل ملتزماً بالدين ، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة ، فهو قد وفى دين غيره وإن كان قد وفى دين نفسه لأنه التزم بهذا الوفاء . وحكم من وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة هو أنه يرجع على المدين الأصلي ، ويرجع عليه بإحدى الدعويين ، أما بالدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدنى) أو بدعوى الحلول (م ٣٢٦ مدنى) . وقد طبقت هذه القواعد العامة بالنسبة إلى الكفيل باعتباره أنه وفى دين غيره ، فأجازت المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، كما أجازت المادة ٧٩٩ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . ثم إن المادة ٨٠١ مدنى واجهت حالة ما إذا تعدد المدينون الأصليون وكانوا متضامنين . وفى الكفيل عنهم الدين للدائن وأراد الرجوع على هؤلاء المدينين المتضامنين .

فلدينا إذن حالات ثلاث : (١) حالة رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) وحالة رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) وحالة رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين .

§ ١ - رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

٥٩ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٧٩٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

« ٢ - فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه » .

وتنص المادة ٨٠٠ مدنى على ما يأتى :

١ - للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصل بالإجراءات التى اتخذت ضده .

٣ - ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٧٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجامد . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٧ - ص ٥٤٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٧ / ٦١٩ : حل الكفيل أن يخبر المدين قبل أداء الدين بزمه حل الأداء أو بالمطالبة بالحصول له من رب الدين ، وإلا سقط حقه فى الحائز إذا كان المدين أى الدين بنفسه أو كانت له أوجه لإثبات بطلان الدين أو زواله منه .

ويقابل فى التقنين المدنى الجديد العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والنفود المئتانى م ١٠٨٦ : لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين الأصل إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه فى الدرجة الأخيرة بدون أن يعلم المدين ، بشرط أن يثبت المدين أنه قد أوفى الدين أو أن لديه أسبابا تثبت بطلان الدين أو سقوطه . على أن هذه القاعدة لا تنطبق عندما يستحيل على الكفيل إعلام المدين ، كما لو كان المدين غائبا .

م ٨٠٠ : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٣ مكررة على الوجه الآتى : ١ - للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصل بالإجراءات التى اتخذت ضده . ٣ - ويكون للكفيل الحق

— في الفوائد القانونية من كل ما قام بدفعه ابتداء من اليوم الذي يكون قد أخبر المدين بالدفع .
ولكن إذا كان الدين فوائد ، فيكون الكفيل الحق في استيفائها من يوم وفاته بها للدائن .
٤ — والكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض . وقد أقرت لجنة المراجعة الفقرتين الأولى والثانية ، أما الفقرة الثالثة فقد عدلت صياغتها بما يجعل الكفيل حقا في الفوائد القانونية مما دفعه ابتداء من يوم الدفع لا ابتداء من اليوم الذي أخبر فيه المدين بالدفع ، لأن هذا أعدل . وحذفت الجزء الأخير من الفقرة اكتفاء بانقضاء الدالة ، كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق هذه القواعد . فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٨ في المشروع النهائي ، مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥١٦ - ص ٥١٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٥ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه .

ويقابل في التتبعات المدنية الدرية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٣٣ / ١ إذا أد الكفيل ما كفله به من ماله ، فله الرجوع بما أداه حل المدين .

م ١٠٣٤ : إذا أدى الكفيل للدائن موصفاً به ل الدين ، يرجع حل المدين بما كفله لا بما أداه . أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين ، فإنه يرجع بيد الصالح لا بجميع الدين .
م ١٠٣٨ : إذا كان الدين المكفول به مؤجلاً ، دفعه الكفيل لدائن معجلاً ، فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل .

م ١٠٣٧ : يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة .
قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٨٠ : للكفيل الذي أوفى الموجب الأصل أن يرجع على المدينون بجميع ما دفعه ، ولو كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المدينون . وله حق الرجوع عليه بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة من الكفالة . وكل عمل من الكفيل ، غير الإيفاء الحقيقي ، من شأنه أن يسقط الموجب الأصل ويبرئ ذمة المدينون ، وبذلك بمثابة الإيفاء ، ويفتح للكفيل سبيل الرجوع على المدينون الأصل بأصل الدين والمصاريف المتصلة به .

م ١٠٨١ : لا يحق للكفيل الذي أوفى الدين أن يرجع على المدينون الأصل ، إلا إذا أبرز سند إيصال من الدائن أو غيره من الوثائق التي تثبت سقوط الدين . وليس للكفيل الذي دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المدينون ، إلا في موعد استحقاق الموجب الأصل .

م ١٠٨٣ : إذا تصالح الكفيل والدائن ، فليس للكفيل حق الرجوع على المدينون ومالهم للكفلاء ، إلا بما دفعه فلا أو بما يعادل قيمته إذا كان هناك مبلغ معين .

ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل ، إذا وفى الدين عن المدين ، يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية ، وهذا يقتضى البحث :
 (١) أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) ما هو الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية . (٣) ما هى الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٤) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملاً .
 (٥) ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين .

٦٠ - أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية : رأينا^(١)

أن الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى تنص على أن « للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه » . فالكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو بغير علمه . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً ، والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور ، والكفيل الشخصى والكفيل العبنى .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته ، فإن هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى . صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها ، ولكن النص عند ما يتحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما افترض أنها عقدت برضاء المدين ، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى^(٢) . وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٢) انظر المواد ٢/٢٢٣ و ٢/٢٢٤ و ٧٧٥ - وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة -

الفرض ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة . وهذه تقضى بأن الكفيل في هذا الفرض إذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع ، ويكون المدين قد اغتنى أيضاً بهذا المقدار لأن الدين كان في ذمته فبرئت ذمته منه ، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار^(١) . ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التي تكبدها لأن المدين لم يفتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر ، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة ، فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع . وهذا بخلاف الكفيل الذي عقد الكفالة بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمني ، أو عقدها بغير علمه ، فسرى أنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين ، وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين^(٢) .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كأن عقد

= ١٠٣ ص ١٦٠ هامش ١ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص ٢١٩ - محمد حل إمام فقرة ٧٦ ص ١٣٠ - سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٧ .

(١) فلو وفى الكفيل ديناً كان للمدين دفعه تبطله كله أو بعضه ، أو تجمله منقضيًا كله أو بعضه ، فإن وفاء الكفيل للمدين لا يعود على المدين بفائدة ما أو يعود عليه بفائدة جزئية ، فلا يرجع الكفيل على المدين إلا بمقدار ما عاد على هذا الأخير بسبب الوفاء . وإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله ، لم يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل ، لأن المدين لم يفد من وفاء الكفيل إلا منذ حلول الأجل . انظر سليمان مرقس فقرة ١١٨ .

(٢) أما في فرنسا فكثير من الفقهاء ينكرون على الكفيل حتى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يعطون له إلا دعوى الحلول (ديرانتون ١٨ فقرة ٣١٦ - لوران ٢٨ ، فقرة ٢٣٦ - جيوار فقرة ١٧٦ - أوبر ورو ٦ فقرة ٢٧ ؛ ص ٢٩٠ وهامش ١٥ - بودرى وقال فقرة ١١٠٤ - وانظر من هذا الرأي في مصر محمد كامل مرسى فقرة ٦٠٤ ص ١٤١) .

الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين ، لم يكن الكفيل ، سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ، أن يرجع على المدين ، كما في الفرض السابق ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب^(١) . فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفي الوقت ذاته مقدار ما اغتنى به المدين ، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائد^(٢) . أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معاً ، فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتى كان يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معاً^(٣) .

٣١ - الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية : فيما عدا

الفرضين اللذين يرجع فيها الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهما فرض ما إذا عقد الكفيل الكفالة بالرغم من معارضة المدين وفرض ما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، يوجد خلاف فى رأى بين الفقه الفرنسى وغالبية الفقهاء المصرين فى الأساس القانونى الذى تقوم عليه الدعوى الشخصية .

فى الفقه الفرنسى يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته ، وتكون الوكالة صريحة إذا رضى المدين بالكفالة

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ - محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣١ - سليمان مرسى فقرة ١٠٦ ص ١٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٨ - وانظر عكس ذلك وأن الكفيل لا يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ويقتصر على دعوى الحلول : محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

(٢) أما فى فرنسا فيذهب الفقه إلى أن الكفيل الذى عقد الكفالة لمصلحة الدائن لا يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وإنما يرجع بدعوى الحلول (بون ٢ فقرة ٢٤٦ - جيوار فقرة ١٧٧ - بودرى وقال فقرة ١١٠٣) .

(٣) جيوار فقرة ١٧٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

رضاء صريحاً ، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضى المدين بالكفالة رضاء
 ضمناً أى سكت ولم يعارض فى الكفالة . أما إذا عقدت الكفالة بغير علم
 المدين ، فإن الكفيل يكون فضولياً ، ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة
 على المدين . ومعنى أن الأساس القانونى للدعوى الشخصية هى دعوى الوكالة
 أن المدين ، برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون هذا رضاء
 ضمناً ، قد وكل الكفيل فى كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو ، فيرجع
 عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل . ومعنى أن الأساس القانونى
 للدعوى الشخصية هى دعوى الفضالة أن الكفيل ، وقد عقد الكفالة دون
 علم المدين ولكن لصالحه وفى عنه الدين ، يكون قد تولى عن قصد القيام
 بشأن عاجل ، وهو الوفاء بالدين بعد استحقاقه ، لحساب المدين دون أن
 يكون ملزماً بأن يتقدم كفيلاً عن المدين لأنه عقد الكفالة دون علم المدين .
 فيرجع الكفيل على المدين بما يرجع به الفضولى على رب العمل ، ويكون
 المدين ملزماً بأن يعرض الكفيل عما دفعه هذا للدائن وبأن يرد المصروفات
 الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها ،
 وبأن يعرض الكفيل عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بدفع الدين عن
 المدين . وتنص المادة ٢٢٠٨ مدنى فرنسى على ما يرجع به الكفيل على
 المدين ، فإذا هو عين ما يرجع به الوكيل على الموكل ، أو ما يرجع به
 الفضولى على رب العمل (١) .

أما غالبية الفقهاء المصرين فيذهبون مذهباً آخر ، ويقولون إن الدعوى
 الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين
 ولكن دون معارضته ، أو عقدت بغير علمه ، ليست هى دعوى الوكالة
 أو دعوى الفضالة ، بل هى دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعويتين

(١) جيوار فقرة ١١ وفقرة ٣٢ - أوبرى ورو فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ وهامش ٨ -

بودرى وقال فقرة ١٠٧٨ - بلانويول وريبيم وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩١ .

ويسمونها بدعوى الكفالة . فيقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي : « ونحن لا يمكننا التسليم بما ذهب إليه النظرية التقليدية (نظرية الفقه الفرنسى) ، رغم حجة المؤيدين لها منذ عهد تمتد جذوره عميقاً فى الماضى . ذلك لأنها لم تتفق مع الواقع ولا مع المبادئ القانونية من ناحية ، ولأن تطبيقها المنطقى يودى بنا إلى الزلل فى مواضع شتى من ناحية أخرى . فالوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، عقد يوكل به شخص آخر فى أن يقوم بعمل قانونى لحسابه ، فلا بد من أن تظهر رغبة الموكل والوكيل فى الوكالة . ومن العسير القول بأن المدين ، حينما طلب من الكفيل أن يتقدم لكفالاته ، أو حينما علم بكفالاته ولم يعارض فيها ، أراد أن يوكله عنه فى الوفاء ، فهذا العقد قلما يرد على خاطره . وخطأ النظرية التقليدية لا يغفل وضوحاً بالنسبة للفضالة ، إذ من مستلزماتها أن يكون ما قام به الفصور لحساب رب العمل أمراً عاجلاً ، بل إن صفة الاستعجال هى من أهم دعائم الفضالة وعلة ما يترتب عليها من نيابة قانونية . وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالمدين عن المدين يعتبر أمراً عاجلاً . ونحن إذا سلمنا بقيام الوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، بين المدين والكفيل ، وجب التسليم بكل ما يترتب على الوكالة من آثار ، والقول بأن للمدين الحق فى أن يعزل الكفيل من الوكالة فى أى وقت يشاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ، وذلك ما لا يمكن أن يقول به أحد . أما ما يقودنا إليه تطبيق النظرية التقليدية من زلل ، فيمكن إعطاء مثلين عنه : (١) حددت المادة ٨٠٠ موضوع الدعوى الشخصية ولم تذكر من بين ما يشتمل التعويضات التى يطلبها الكفيل عن الضرر الذى قد يصيبه من جراء قيامه بالوفاء ، ويغلب أن يكون هذا السكوت من الشارع مقصوداً . ومع ذلك فلو قلنا بأن الدعوى الشخصية ترجع فى أساسها إلى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، لوجب أن نمنح الكفيل الحق فى التعويضات ، إذ هذا الحق ثابت لكل من الوكيل (م ٧١١) والفضولى

(م ١٩٥) . (٢) تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (م ١٩٧) . فلو قلنا إن الدعوى الشخصية قد يكون أساسها دعوى الفضالة ، لوجب القول بسقوطها عن الكفيل في هذه الحالة بمضي ثلاث سنوات من وقت قيامه بالوفاء للدائن ، وهذا ما لا نظن أن المشرع قد قصده . ونحن إذا رفضنا التسليم بالأساس التقليدي للدعوى الشخصية ، نرى إرجاع ذلك الأساس إلى القانون نفسه . فالتأثير هو المصدر المباشر لهذه الدعوى ، وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلًا أو فضوليًا ، ولكن باعتباره كفيلًا . وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة في كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين ^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٢ - وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس وهو يقول : « غير أن هذا التكليف (تكليف الفقه الفرنسي) في نظرنا لا يقصد به تأسيس دعوى الكفيل الشخصية بقدر ما يقصد به تحديد مداها وبيان آثارها . ذلك أنه لا يتفق مع المبادئ العامة للقول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية . فإذا كان المقصود بذلك الوكالة في الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل في أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه ! وإذا كان المقصود به الوكالة في الوفاء فإن ذلك يقتضي جواز عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة ، مع أنه بما لا شك فيه أنه متى تمت الكفالة لا يستطيع المدين أن يقبل الكفيل من التزامه ولا الكفيل أن يتنص أو أن يمنع من الوفاء . وكذلك لا يتفق مع المبادئ العامة للقول بأن علاقة الكفيل بالمدين علاقة فضالة لأن الفضالة تقتضي أن يقوم الفضولي بعمل لغيره دون أن يكون ملزماً بذلك ولا أن يكون هذا العمل عاجلاً بحيث لا يحتمل التأخير وانتظار قيام رب الصل به ، ولأن وفاء الكفيل دين الدائن يكون بناءً على التزامه بذلك فلا يعتبر فضالة ، ولأن قيامه بمد الكفالة يندر أن تتوافر فيه ظروف الضرورة والاستعجال التي تسبغ عليه صفة الفضالة ، بل إن الفضالة غير متصورة في عمل لا يتصور صدوره من رب العمل ذاته في حق نفسه . . . وقد كنا في ظل التقنين المدني في حاجة إلى إلباس دعوى الكفيل ثوب الوكالة أو الفضالة توصلًا لمنح الكفيل هذه المزية (الحق في فوائد ما دفع) لأن المادة ٥٠٥ / ٦١٧ مدني قديم لم تكن تنص عليها ، بل اكتفت بالنص على أنه : « إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه . أما القانون فقد نص في المادة ٨٠٠ منه على مدى رجوع =

ونحن لا نرى أهمية عملية كبيرة في القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين هي دعوى خاصة نص عليها القانون ، وليست بدعوى الفضالة . ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع قصد أن يخالف نظرية الفقه الفرنسي في هذا الصدد ، بل يبدو أنه أراد أن يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدني عن المشروع الفرنسي الإيطالي ، وأراد استبقاء العمل على ما كان عليه في التقنين المدني السابق . وإنما أثر أن يبين ما يرجع به الكفيل في الدعوى الشخصية ، لا أن يغير الأساس الذي تقوم عليه هذه الدعوى . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهي تعرض للدعوى الشخصية التي للكفيل قبل المدين . وقد أثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيل في الدعوى الشخصية ، فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها في ظل التقنين الحالي (السابق) رغم عدم النص عليها » (١) . قلنا إنه

الكفيل على المدين وبين جميع عناصره وشروطها بحيث أصبح الكفيل في غنى عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة ، وأصبح يتبين به ذلك القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين وفقاً للمادة ٨٠٠ المذكورة هي دعوى الكفالة كما أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الوكيل على الموكل هي دعوى الوكالة ، وأن أساس هذه الدعوى نص القانون المدني على افتراض حصول الكفالة لمصلحة المدين . فإذا ثبت حصولها لمصلحة الدائن أو بالرغم من اعتراض المدين ، امتنع استعمال هذه الدعوى ولم يبق للكفيل إلا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة فوق حقه في الحلول محل الدائن » (سليمان مرقس فقرة ١١٦) - وانظر أيضاً حـد على إمام ص ١٣٥ - منصور مصطلح منصور فقرة ٤٩ .

على أن من الفقهاء المصريين من يتشبه مع الفقه الفرنسي ، فيقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « فإذا كانت الكفالة بعلم المدين ، فيكون مبنى الرجوع الوكالة الصريحة أو الضمنية ، ويكون طلب الكفيل مبنياً على دعوى الوكالة (*actis mandati contraria*) . أما إذا حصلت الكفالة بنير علم المدين ، فيعتبر الكفيل أنه فضولي وتكون دعواه دعوى الفضول (*actio negotiorum gestorum contraria*) » (محمد كامل مرسى فقرة ١٠٤ ص ١٤٠) .

لا توجد أهمية عملية كبيرة في تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة ، ذلك لأنها حتى لو سميت بهذا الاسم فلا تختلف النتائج العملية لذلك ، بل إن المقدار الذي يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذي يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . بقي ما يسوقه أصحاب نظرية دعوى الكفالة من حجج ، لتمييز هذه الدعوى عن دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة . فهم يقولون إن المدين لم يقصد أن يركل الكفيل في الوفاء بالمدين ، وإن الكفيل بغير علم المدين ليس فضولياً لأنه لا يقوم بشأن عاجل ، وإنه لو سلمنا بأن الدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة لحاز للمدين أن يعزل الكفيل عن هذه الوكالة في أى وقت يشاء ، ولو قلنا بأنها دعوى الفضالة لتقادمت بثلاث سنوات ، ولو سلمنا بأنها دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة لكان للكفيل باعتباره وكيلًا أو فضولياً الحق في التعويض عن الضرر الذي الذي قد يصيبه من جراء وفائه بالمدين عن المدين . ويمكن الرد على هذه الحجج بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قصد عند ما رضى بالكفالة أن يركل الكفيل في رفاء الدين ، ولا يستطيع عزله في أى وقت يشاء كما لا يستطيع الكفيل النزول عن الوكالة لأن الوكالة هنا ليست لصالح المدين وخده بل هي أيضاً لصالح الغير وهو الدائن فلا بد من رضاه هذا الأخير حتى يعزل الوكيل أو ينزل عن الوكالة (م ٢/٧١٥ و م ٢/٧١٦ مدني) . وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين ووفى الدين فعلاً ، فما الذي يمنع من القول بأنه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل لا يكون الوفاء بالمدين وقد استحق في ذمة المدين شأنًا عاجلاً يقوم به الكفيل ؟ وما الذي يمنع من أن تتقادم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، لو كان أساسها دعوى الفضالة ؟ ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء الوفاء بالمدين عن المدين ، وسنرى أن المشروع التمهيدى كان يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولم يحذف هذا النص إلا لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ؟

ومهما يكن من أمر ، فليست هناك أهمية عملية كبيرة ، كما قدمنا ، من القول بالنظرية الجديدة وهي نظرية^٢ دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهي نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة في كل من النظرية الجديدة والنظرية التقليدية .

٦٢ - الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى

الشخصية : هناك شروط ثلاثة لا بد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، وهي :

(١) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : يجب على الكفيل ، حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا المادة ٨٠٠ مدني تقول : « للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ... » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه وهذا هو الغالب ، أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل في هذا الدفع . وعند ذلك يضطر إلى الوفاء بالدين للدائن ، على أن يرجع على المدين . وليس من الضروري أن يني الكفيل بالدين ، بل يكفي أن يقضى الدين به من أسباب الانقضاء^(١) . فله أن يني الدين بمقابل فتبرأ ذمة المدين منه ، فيرجع الكفيل عند ذلك على المدين ، وإذا وفى الكفيل الدين بمقابل ، واستحق هذا المقابل ، لم يكن في هذا الوفاء قضاء للدين يسوغ رجوع الكفيل على المدين^(٢) ، بل يكون الكفيل ملتزماً بضمان الاستحقاق نحو الدائن . وهذا بخلاف ما إذا وفى المدين نفسه الدين بمقابل واستحق هذا المقابل ، فسرى عند الكلام في انقضاء الكفالة أنه إذا قبل الدائن أن يستوفي

(١) بلانيول وريبير وساباتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ - نقض مدني ٢٨ يونيو سنة

١٨٧٦ سريه ٧٦ - ١ - ٤٤٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٨١ - بودري وقال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ - محمد كامل مرسى

فقرة ١٠٧ ص ١٤٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٣ .

من المدين في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ مدني) . كذلك قد يقضى الكفيل الدين بطريق التجديد كما في التجديد بطريق تغيير المدين ، فينقضي التزام الكفيل بتجديد الدين وينقضي تبعاً له الدين الأصلي ، وعند ذلك يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . وكالتجديد الإنابة الكاملة . وقد يقضى الكفيل الدين بطريق المقاصة ، أي أن يكون له دين في ذمة الدائن ينقضي مقاصة في الدين الذي التزم بدفعه الكفيل ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية^(١) . كذلك قد يقضى الكفيل الدين باتحاد الذمة ، كأن يرث الدائن فيصبح هو الدائن فينقضي الدين ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء ، وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين^(٢) .

(٢) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : ويجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت الذي يحل فيه أجله . فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل ، لم يكن له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية

(١) تـرـلـون فـتـرة ٣٣٣ - بـون ٢ فـتـرة ٢٣١ - لـوران ٢٨ فـتـرة ٢٢٨ - جـيـوار فـتـرة ١٦٨ - بـودـرى و قال فـتـرة ١٠٨٧ .

(٢) وإذا رضى الدائن بوفاء جزئي من الكفيل لإبراء ذمته ، لم يرجع الكفيل على المدين إلا بقدر ما دفعه للدائن (پلانيول وريبير وصافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٥) . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل ، لا من الكفالة ، بل من الدين نفسه ، فإنه يكون في حكم من وهب الدين للكفيل ويعتبر الكفيل أنه قد قضى الدين ، وعلى ذلك يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية (بون ٢ فقرة ٢٢٢ - جيوار فقرة ١٦٨ - بودرى وقال فقرة ١٠٩١ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

وإذا اتفق أحد الكفلاء مع المدين على عدم رجوع الأول على الثاني أو على الانتقاص من هذا الرجوع ، فإن هذا الاتفاق لا يسرى في حق الكفلاء الآخرين لأنهم لم يكونوا طرفاً فيه ، بل يجوز لهم أن يرجعوا رجوعاً كاملاً على المدين إذا هم وفوا الدين للدائن (بودرى وقال فقرة ١٠٩١ مكررة - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

إلا عند حلول الأجل^(١) . أو لم يرجع عليه أصلاً إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء دين المدين^(٢) . والعبرة بالأجل الأصلي للدين ، فإذا امتد هذا الأجل باتفاق بين الدائن والمدين أو بمنح المحكمة المدين نظرة الميسرة ، لم يعتد بامتداد الأجل الأصلي . وكان للكفيل أن ينى الدين عن المدين عند حلول الأجل الأصلي^(٣) ، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل انقضاء ما امتد إليه الأجل^(٤) .

(٣) إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بعدم معارضة المدين : رأينا^(٥) أن المادة ١/٧٩٨ مدني توجب « على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى بطلان الدين أو بانقضائه » . فيجب إذن على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية . ففي الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء ، وذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل فينقضى ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلك غير ذي فائدة ، أو خشية أن الكفيل بعد أن ينى بالدين دون إخطار المدين بذلك يأتى المدين دون علم منه بوفاء الكفيل ينى بالدين مرة أخرى ، أو خشية أن يكون للمدين وقت

(١) وتنص المادة ١٠٨١ من قانون الموجبات وانقود الثبات على ما يأتي : « وليس للكفيل الذي دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المدين إلا في موعد استحقاق الموجب الأصل » .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٠١ - لوران ٢٨ فقرة ٢٦٠ - بودري وقال فقرة ١٠٩٢ -

محمد كامل مرسى فقرة ١٠٣ ص ١٣٩ هامش ١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٥٢ - بودري وقال فقرة ١٠٩٣ .

(٤) أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلي ، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ، وله إذا وفى الدين فوراً أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٧ ص ١٦٩ - سليمان مرقس فقرة ١٠٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠١) .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٩ .

استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو نقضيه من غير الوفاء به . وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفوياً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار^(١) . فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وقام بوفاء الدين دون إخطار ، فعل ذلك على مسئوليته . ومعنى هذا أن الكفيل لا يفقد حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، إلا إذا أثبت المدين أنه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به ، أو أثبت أنه وفى الدين بعد وفاء الكفيل^(٢) ، أو أثبت أن الدين كان باطلاً أو قابلاً للإبطال وكان المدين يستطيع أن يتمسك بذلك ضد الدائن ، أو أثبت أن الدين قد انقضى بسبب يرجع إليه هو (أى للمدين) كقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم^(٣) . أما إذا كان سبب البطلان أو الانقضاء مقصوراً على التزام الكفيل كان كانت هناك أسباب تجعل التزام الكفيل باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً دون أن ينقضى الالتزام الأصلي ، ولم يتمسك الكفيل بهذه الأسباب وفى الدين ، فإن المدين لا شأن له بذلك ، ويبقى للكفيل بعد وفاء الدين الرجوع بالدعوى الشخصية

(١) وقد تسأل أحد الأمضاء في لجنة الأستاذ كامل صدق « ما إذا كان هناك محل لنص على الطريقة التي يتم بها الإخطار » . فرد عضو آخر « بأنه لما كان تطبيق المادة ٦١٩ من القانون المدني المختلط لم يثر أية صعوبة في العمل ، فليس هناك محل لإيراد نص خاص لبيان طريقة الإخطار ، إذ المفروض أنه سيتم ويثبت طبقاً للنظام الذي جرى عليه القضاء . فعقب الرئيس على ذلك بأنه يمكن اعتبار الخطابات وسيلة من وسائل الإخطار » فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية - ص ٥٣٩ في الهامش) .

(٢) ترولون فقرة ٣٨٢ - جيوار فقرة ١٧٨ - بودر وقال فقرة ١٠٨٩ ص ٥٧٤ - پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٢ .

(٣) وفيما يتعلق بتقادم الدين الأصلي إذا علم به الكفيل ، لا يجبر هذا الأخير على التمسك به شخصياً لأنه أمر يتعلق بالفسير ، وإنما يجب على الكفيل أن يدخل المدين في الدعوى ليمسك هو بالتقادم إذا أراد (بودرى وقال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧) .

على المدين^(١) . وقد ينى الكفيل الدين دون إخطار المدين قبل الوفاء ، فلا يستطيع المدين أن يثبت أنه قد وفى الدين قبل أو بعد وفاء الكفيل ، ولا يستطيع كذلك أن يثبت أن عنده أسباباً تقضى ببطالان الدين أو بانقضائه ، ولا أن يثبت أنه قد وفى بعض الدين أو أن الدين فى جزء منه باطل أو قابل للإبطال أو منقضى . فعند ذلك يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالرغم من عدم إخطاره بالوفاء وبالتقدر الذى استفاد به المدين من هذا الوفاء . فقد لا يرجع عليه أصلاً . أو يرجع عليه بجزء من الدين وهو الجزء الذى كان الوفاء به مفيداً للمدين^(٢) . ونرى من ذلك أن جزاء عدم الإخطار ليس هو انعدام رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . فقد لا ينعدم هذا الرجوع . وإنما يكون الكفيل ، إذا لم يخطر المدين ، مجازفاً بوفاء الدين ، بحيث إذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم يفده أصلاً لم يرجع عليه الكفيل بشئ ، أو أثبت أن هذا الوفاء قد أفاده جزئياً رجع عليه الكفيل بقدر ما أفاد . فإذا كان وفاء الكفيل للدين دون إخطار المدين قد أفاد المدين فائدة كاملة ، كان للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية كما كان يفعل لو أنه أخطر المدين .

أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء ، فإنه يتعين على المدين إذا كان

(١) جيوار فقرة ١٨٠ - بودرى وقال فقرة ١٠٩٠ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٧ ص ١٤٧ - عبد الستار عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

(٢) فإذا لم يستطع الكفيل الرجوع أصلاً على المدين ، أو لم يستطع إلا الرجوع عليه رجوعاً جزئياً ، رجع على الدائن نفسه وذلك بدعوى استرداد ما دفع دون حق . انظر المادة ٢٠٣١ مدنى فرنسى حيث ورد فى آخر كل من فقرتيها عبارة (sauf son action en répétition contre le créancier) وانظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٢ - ولا يرجع الكفيل على الدائن ، إذا هو دفع عن طواعيه وهو عالم بأن الدين قد تقادم (أوبرى ورو ٦ فقرة ٢٧ ؛ ص ٢٩١ هامش ١٨) . وانظر عبد الستار عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه أن يعارض فى الوقت المناسب فى أن ينفى الكفيل بالدين . ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كما لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر ، ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن تكون شفهية على أن يقع عبء الإثبات على المدين . فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائياً حتى يتولى للمدين دفع مطالبة الدائن^(١) . أما إذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، فإن الكفيل يكون فى حل من وفاء الدين للدائن ، إذ أن عدم معارضة المدين فى الوفاء يجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وأنه ليس لديه أسباب تقضى بطلان الدين أو بانقضائه . فإذا وفى الكفيل الدين كان له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ، حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه . وقد نصت المادة ٢/٧٩٨ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول : « فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، ينفى الكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى بطلانه أو بانقضائه » .

٦٣ - ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية

إذا وفى الكفيل الدين للمدين : رأينا^(٢) أن المادة ٢/٨٠٠ مدنى تنص على

(١) وللکفيل أن ينفى الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين ، إذا كان الكفيل مقتنئاً بعدم صحة المعارضة . ولكن الكفيل ينفى بالدين فى هذه الحالة على مسئولية الشخصية ، فإذا ظهر أن المدين على حق فى معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولكن يرجع الدائن لاسترداد ما دفع دون حق (سليمان مرقس فقرة ١٠٨ ص ١٢٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠٠) .

(٢) انظر آتياً فقرة ٥٩ .

أن الكفيل الذى وفى الدين « يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التى اتخذت ضده » . وتقضى المادة ٣/٨٠٠ مدنى على أنه « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع » . ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما يأتى :

(أولاً) أصل الدين : ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين ، فيشمل ذلك مقدار الدين فى أصله^(١) ، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين بنسج فوائده اتفاقية أو قارية ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفون^(٢) . ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن فى نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير فى مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين^(٣) .

(ثانياً) الفوائد : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدنى فى هذا الصدد كما رأينا : « يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام

(١) وقد لا يرجع الكفيل على المدين بكل الذى دفعه عنه إذا كان المدين مطلقاً وحصل له صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين ، فادام الدائن قد تقدم فى التغطية وحصل له جزء من الدين بموجب الصلح فإنه يرجع على الكفيل بالباقي من الدين ، ولا يرجع الكفيل على المدين بما دفعه منه وإلا ضاع على المدين فائدة الصلح الذى أبرمه مع الدائن (أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ وهامش ١٨ (٢) - بودرى وقال فقرة ١٠٨٥ - بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ وهامش ٨) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن نصاً يجعل للكفيل ، إذا كان للدين فوائد ، الحق فى استيفائها من يوم وفاته بها للدائن ، ولكن هذا النص حذف اكتفاء بالقواعد العامة (انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش) .

(٣) نجيوار فقرة ١٧١ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ - بودرى وقال فقرة ١٠٧٩ - بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

بدفعه ابتداء من يوم الدفع . فكل ما قام بدفعه للدائن على النحو السابق بيانه ينتج فوائد بالسعر القانوني من يوم دفع الكفيل الدين للدائن ، وهذه الفوائد القانونية يرجع بها الكفيل على المدين بالإضافة إلى الدين . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدني) ، ولقواعد الفضالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدني) . أما القواعد العامة فكانت تقضي بأن القوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني) ، فخرج القانون على هذه القواعد العامة في دعوى الوكالة وفي دعوى الفضالة ، ومن ثم اقتضى الأمر الخروج أيضاً على هذه القواعد العامة في الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما رأينا في المادة ٣/٨٠٠ مدني . ويلاحظ أن القواعد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين يكون بعضها فوائد على فوائد أصل الدين التي يرجع بها الكفيل على المدين فيما قدمنا ، ولا يعتبر ذلك فوائد مركبة ، لأن فوائد أصل الدين تدخل ضمن أصل الدين فيما يتعلق بالكفيل . ويلاحظ أيضاً أن الفوائد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما تقضي المادة ٣/٨٠٠ مدني لا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة في دعوى الوكالة ، وتتقدم بثلاث سنوات في دعوى الفضالة ، أما القاعدة العامة فتقضي بتقدم الفوائد بخمس سنوات . هذا والرجوع بالفوائد القانونية إلى المدين ميزة للدعوى الشخصية على دعوى الحلول ، ومنزى أن الكفيل في دعوى الحلول لا يرجع على المدين إلا بفوائد أصل الدين كما كان الدائن يفعل ، فلا يرجع إذن بالفوائد القانونية على ما دفع للدائن إلا من وقت المطالبة القضائية بها (١) .

(١) .. بلون ندر ٣٤٦ وفقرة ٣٥١ - بون ٢ فقرة ٢٣٧ وفقرة ٢٦٠ - لوران ٢٨ مادة ٢٣٣ - جيوار فقرة ١٧١ - ١٧٣ وفقرة ١٧٦ - أوبري ورو ٦ فقرة ٢٧ : ص ٢٨٩ - ص ٢٩٠ - بودري وقال فقرة ١٠٨٠ - فقرة ١٠٩٠ مكررة - بديول ودييه ر - فاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ - محمد كامل مرمي فقرة ١٠٥ ص ١٤٢ -

(ثالثاً) المصروفات : وتتضمن كل ما أنفقته الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن . والمصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه تشمل ما أنفقته في إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجربدها ، ومصروفات العرض الحقيقي والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك . والمصروفات التي حكم عليه بها للدائن تشمل ما أنفقته الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء ، كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، ومصروفات المطالبة الأولى التي قام بها الدائن للمدين ثم مصروفات مطالبة الدائن للمدين بعد إخطار الكفيل ، وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه . على أن الكفيل لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، إلا بالذي أنفقته من وقت إخباره بالإجراءات التي اتخذها الدائن ضده . لأن المدين إذا أخبره الكفيل بذلك قد يكون عنده من الدفع ما يتوفى به مطالبة الدائن أو قد يبادر إلى دفع الدين الذي في ذمته للدائن فيتجنب الكفيل بذلك الإجراءات التي اتخذها الدائن ضده . ونستثنى مصروفات المطالبة الأولى التي يقوم بها الدائن للكفيل من هذا الشرط^(١) ، كمصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يخبر بها المدين ، فتى حكم بها على الكفيل رجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها^(٢).

ص ١٤٣ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ - سليمان مرقس فقرة ١١٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٢ .

(١) جيوار فقرة ١٧٤ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ هامش ١٠ - بودري وقال فقرة ١٠٨١ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ - محمد علي إمام فقرة ٧٩ ص ١٤١ - سليمان مرقس فقرة ١١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠١ - ص ١٠٢ .

(٢) ويشبه ذلك ما نصت عليه المادة ٧٨١ مدني من أنه « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل » . ففي هذا النص يقصد بمصروفات « المطالبة الأولى » المصروفات التي =

(رابعاً) التعويض : وكان المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٠ مدنى يتضمن
فقرة تقضى بأن « للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض »^(١) ، ولكن هذه
الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة^(٢) . والقواعد
العامة تقضى ، فى رجوع الكفيل على المدين ، بتعويضه عن الضرر الذى
يكون قد أصابه . وقد طبقت هذه القواعد العامة فى رجوع الوكيل على
الموكل ، وفى رجوع الفضولى على رب العمل . فنصت المادة ٧١١ مدنى
على أن « يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه ،
بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » ، ونصت المادة ١٩٥ مدنى على التزامات
رب العمل نحو الفضولى ومنها « أن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب
قيامه بالعمل » . وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ، سواء كان
ذلك بدعى الوكالة أو بدعى الفضالة ، بالتعويض عن الضرر الذى يكون
قد أصابه دون خطأ منه ، وذلك سواء كان المدين سبب النية أو حسن
النية^(٣) . والتقنين المدنى الفرنسى (م ٢٠٢٨) ينص صراحة على رجوع

« أنفقها الدائن فى مطالبة المدين أولاً ، أما المصروفات الأولى فى معنى المادة ٢/٨٠٠ مدنى
فيقصد بها المصروفات التى أنفقها الدائن فى مطالبة الكفيل (انظر آنفاً فقرة ٢٦) . ولكن
الحكمة واحدة فى الحالتين ، فالمصروفات الأولى فى مطالبة الدائن للمدين يضمنها الكفيل على كل
حال دون حاجة لإخطاره بها ، وكذلك المصروفات الأولى فى مطالبة الدائن للكفيل يرجع بها
الكفيل على المدين دون حاجة لإخطار المدين بها .

(١) وقد جرت مناقشة فى هذا الشأن فى لجنة الأستاذ كامل صدق ، فقال الرئيس إنه
لما كان المبدأ هو حماية الكفيل فإنه لا يرى مبرراً لعدم وضع نص صريح يمنحه الحق فى المطالبة
بتمريضات . وطلب أحد الأعضاء ضرب مثل للضرر الذى يصيب الكفيل ، فشل بحالة المدين
الذى لم يوف دينه وترتب على ذلك اتخاذ إجراءات التنفيذ على الكفيل وبينها بنصف ثمنها الحقيقى ،
فى هذه الحالة قد نال الكفيل من التنفيذ عليه ضرر رجوعه بالتعويض على المدين (انظر
مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ - ص ٥٤٢ فى الهامش) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٩ فى الهامش .

(٣) وقد تقدم أن الكفيل يرجع على المدين بالفوائد القانونية ، وهذه تعتبر تمويضاً
عن التأخر . ولكن يجوز فوق ذلك رجوع الكفيل على المدين بتمويض ، لا نصيب طبقاً للمادة
٢٣١ مدنى التى تشترط سوء نية المدين وتنص على أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتمويض تكيل =

الكفيل بالتعويض على المدين ، وتشير إلى ذلك المادة ١٠٥٣ من هذا التقنين في آخر الفقرة الأولى منها . وهذا غير الرجوع بتعويض تكميلي عن الضرر الذي تسبب فيه المدين بسوء نية ، فإن هذا التعويض التكميلي قد نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٥٣ وهذه الفقرة هي غير الفقرة الأولى التي تشير إلى تعويض الكفيل ، مما يدل على أنه لا يشترط في تعويض الكفيل سوء نية المدين^(١) . وقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين ، وإن كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين^(٢) .

— يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ، هل أيضاً طبقاً لقواعد الوكالة ولقواعد الفضالة التي سبق ذكرها والتي لا تشترط سوء نية المدين ، ويمكن أن يكون مقدار الضرر الذي أصاب الكفيل يريد هل الفوائد القانونية فيرجع الكفيل هل المدين أيضاً بما زاد . قارن عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ - سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٢٧ - مد على إمام فقرة ٧٩ ص ١٤٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ .

(١) دون ٢ فقرة ٢٤٢ - لوران ٢٨ فقرة ٢٣٥ - جيوار فقرة ١٧٥ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٣ - بودري وقال فقرة ١٠٨٢ - بلانيول وريير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) وقد تقدم أن من الفقهاء المصريين الذي يشترطون لرجوع الكفيل على المدين بتعويض سوء نية المدين الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ (وكان يقول في الطبعة الأولى فقرة ١٠٥ ص ١٦٧ بعدم جواز رجوع الكفيل على المدين بتعويض ما) ، والأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ ، والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ . ويرى الأستاذ مد كامل مرسى جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين ، فيقول : « ويرى أحمد فتحي زغلول باشا (ص ٢٢٢) أنه إذا ترتب على عدم وفاء الدين إلزام الضامن بدفعه ، ونتج من ذلك خسارة له أكثر من الفوائد القانونية ، فإن المدين يكون ملزماً بتلك الخسارة ، كما لو اضطر الدائن إلى بيع ملكه بشئ بخس ليؤدي الدين ، أو وقع عليه حيز . . . ومن رأى دى هلنس (كفالة فقرة ٦٣) أيضاً أن للكفيل الحق في التعويضات . وهذا الرأي الأخير أقرب للعدالة ونرى الأخذ به ، وهو مطابق لقواعد الوكالة التي بمقتضاها على الموكل تعويض الوكيل إذا أصابته خسارة بسبب قيامه بأعمال التوكيل . ولا يحتاج بعدم وجود النص ، فإنه من المقرر كما أسلفنا تعويض الوكيل عن الخسارة التي تلحقه —

وأمثلة التعويض الذى يرجع به الكفيل على المدين عن الضرر الذى أصاب الكفيل دون خطأ منه أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثلث بخس حتى يفي بالتزامه نحو الدائن ، أو أن يرفع الدائن الحجز على مال الكفيل ويبيعه بثلث بخس (١) . ويعتبر الخطأ منسوباً إلى الكفيل إذا أصابه ضرراً بأن دفع الدين للدائن مرة ثانية بعد أن دفعه المدين ، إذا كان الكفيل لم يخطر المدين بعزمه على الدفع (٢) .

٦٤ - ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين : يفي الكفيل الدائن بجزء من الدين إما لأن

مع أنه لم يرد فى الشئتين الملئى نص صريح كنص المادة ٢٠٠٠ فرنسى . ولا نرى ما يبرر رأى الشراح الذين يقولون بمكس ما نقول ، إذ أنهم يحتجون بعدم النص فلا يجوزون الكفيل بالتعويضات ، وهم فى الوقت نفسه يجوزون له سريان الفوائد على ما دفعه من وقت الدفع كالوكيل مع أنه لا يوجد نص فى هذه الحالة أيضاً . ونرى من باب أولى الأخذ بالرأى الأخير فى القانون الجديد (محمد كامل عرسى فقرة ١٠٥ ص ١٤٥) .

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ هامش ١٣ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٦ .

هنا وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا اتفق المدين مع صاحبه فى الدين على أن يقوم الضامن بإيفاء مبلغ الدين للدائن ، ثم اتخذ الأخير إجراءات الحجز ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن فى الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذاً لحكم صادر ضد هذا الأخير من بين خاص به وتنفيذاً للحكم الآخر الصادر ضد المدين وصاحبه من الدين المضمون - وسواء كان تصرف الدائن على هذا الوجه أو لم يكن كذلك - فإن هذا التصرف لا يرتب حقاً للمدين قبل الضامن طالما أن إجراءات الحجز امتدأت لم تتخذ بسبب تقصير هذا الضامن فى الوفاء بالتزامه ، وما دام من الثابت قطعاً أن بعض الدين الذى كان الدائن يطلب للبيع من أجله هو دين خاص بالدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه القول بأن الضامن كان متفقاً مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع ، إذ ليس ثمة ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن شأن غيره من الراضين فى الشراء (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٦٣) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٢٠ .

الكفيل لم يكفل إلا هذا الجزء ، أو لأن الكفيل قد كفل كل الدين ولكن الدائن قبل منه وفاء جزئياً وأبرأه من باقى الدين أو لم يرثه منه فبقى الكفيل ملتزماً بباقى الدين .

وأياً كان السبب فى الوفاء الجزئى ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما وفاه ، مع فوائدده ومصرفاته^(١) .

وإذا رجع الكفيل على المدين بجزء من الدين هو مقدار ما وفاه ، ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقى من الدين ، فإن الدائن لا يتقدم على الكفيل فى هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان معاً ، فإذا لم يكن لدى المدين ما يفي برجوع كل من الدائن والكفيل ، فإن هذين الاثنين الآخرين مع الدائنين الآخرين يتقاسمون ما عند المدين ، ويأخذ كل منهم بنسبة ما يرجع به على المدين^(٢) وهذا بخلاف دعوى الحلول ، فسرى أن الكفيل إذا لم يوف

(١) نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - جيوار فقرة ١٦١ وفقرة ١٨١ .

وذلك ما لم يرى الدائن الكفيل لاس الكفالة فحسب بل من الدين نفسه ، فيكون فى حكم من وهب الدين للكفيل ، ويجوز لهذا الأخير الرجوع على المدين بكل الدين باعتباره أنه موهوب له (انظر آنفاً فقرة ٦٢ فى الهامش) . وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد أبرأ الكفيل من الكفالة فى نظير هذا الوفاء الجزئى أو قبل وفاء جزئياً بموجب صلح مع الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار هذا الوفاء الجزئى (بون ٢ فقرة ٢٣٥ - لوران ٢٨ فقرة ٢٢٢ - جيوار فقرة ١٧٠ - بودرى وقال فقرة ١٠٨٢) .

وإذا دفع الكفيل للدائن مقدارا زائدا على الدين ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين فقط حتى لا يضار المدين من جراء دفع الزيادة (جيوار فقرة ١٧٠ - بودرى وقال فقرة ١٠٨٣ ص ٥٧١) .

(٢) نقض فرنسى أول أغسطس سنة ١٨٦٠ والوز ٦٠ - ٥٠٢١ - ٢١ يناير ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ٢٥٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ والوز ٩٢ - ١ - ٢٦١ - بون ٢ فقرة ٢٧٥ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ - بودرى وقال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ - ولا يكون الكفيل مسئولاً قبل الدائن بسبب ما حصل عليه من جراء رجوعه على المدين ، بل يخلص له ما حصل عليه ولا يشاركه الدائن فيه (جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٨١ - بودرى =

إلا بعض الدين ، لم يرجع على المدين بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين (م ٧٩٩ مدني) .

§ ٢ - رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

٦٥ - نهر قانوني : تنص المادة ٧٩٩ مدني على ما يأتي :
« إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » (١) .

- وقال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ - بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٣ هامش ١ -
فقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ والوز ٩٢ - ١ - ٢٦١) . وكذلك لو كان الكفيل دين آخر في ذمة المدين فإنه يرجع به عليه ، ويزاحم الدائن في رجوعه ، وإذا حصل من المدين على جزء من دينه فلا يشاركه فيه الدائن (جيوار فقرة ١٦٤ - بودري وقال فقرة ١٠٨٥) .
وإذا كان الدائن لم يخلص بكل حقه من المدين ، وكان الكفيل مسئولاً عن باقي الدين ، جار للدائن أن يحجز تحت يد المدين بما الكفيل في ذمته (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ - سليمان مرفس فقرة ١١٥ ص ١٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٣ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٧ ، في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٤١ - ص ٥٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٠٥ / ٦١٧ : إذا دفع الكفيل عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين . . . ويحل محل الدائن في حقوقه ، لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخر :

التقنين المدني السوري م ٧٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٣٣ / ٢ : ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٨٤ : إن الكفيل الذي أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن في جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلي بقدر المبالغ التي دفعه ، وعلى سائر الكفلاء بقدر حصصهم وأنصبتهم . على أن ذلك الحل محل الدائن ليس من شأنه أن يعدل الاتفاقات الخاصة الممثلة بين المديون الأصلي والكفيل

ونسير في دعوى الحلول على نفس الخطة التي اتبعناها في الدعوى الشخصية ، فيما عدا البحث في الأساس القانوني الذي تقوم عليه دعوى الحلول ، إذ أن هذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للشواهد العامة في الحلول القانوني فيما إننا قام بالوفاء شخص غير المدين بفعل المولى محل الدائن إذا كان موطناً بوفاء الدين عن المدين . وبسبب أن ما يحته موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية . وعلى ذلك سبحث : (١) أي كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . (٢) الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفي الكفيل الدين كاملاً . (٤) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفي الكفيل جزءاً من الدين . (٥) موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية .

٦٦ - أي كفيل يرجع به دعوى الحلول على المدين : كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . يستوي في ذلك الكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين سواء كان بأمر المدين أو بغيره . والكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين ما دام من مصلحة هذا الأخير . والكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة الدائن^(١) . ويستوي في ذلك أيضاً أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده ، أو لمصلحة الدائن وحده ، أو لمصلحة الاثنين معاً ، أو لمصلحة المدين والكفيل ، أو لمصلحة الدائن والكفيل . وعلى ذلك يستوي الكفيل غير المأجور ، والكفيل المأجور . ويستوي أيضاً الكفيل غير المتضامن مع المدين ، والكفيل المتضامن مع المدين^(٢) .

(١) تروبولن فقرة ٢٢٩ - وفترة ٢٦٢ - بون : فقرة ٢٦٧ - أريبر : ردود ٩ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ - بيبوار فقرة ١٧٦ وفترة ١٨٢ - برودي وفان فقرة ١١١١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٠ - مد هل إمام ص ١٤٤ - حبيش مرقس فقرة ١١٠ ص ١٣٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

والأصل في ذلك ما نصت عليه المادة ٣٢٦ مدني من أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفي ملزماً بالمدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه . (ب) » . فالكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين للدائن كان أن يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الأخير من حقوق قبل المدين . فليست المادة ٧٩٩ مدني سالفة الذكر (١) إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدني ، وقد أعطت دعوى الحلول للكفيل في عبارة عامة مطلقة ، بخلاف الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٨٠٠ مدني فلإنها أعطيت للكفيل إذا عقد الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه دون الكفيل الذي عقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين (٢) . ويكون حلول الكفيل محل الدائن القانون . دون حاجة لأن يطلب الكفيل ذلك (٣) .

٣٧٧ - الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى

الحلول : رأينا (١) أنه يجب توافر شروط ثلاثة لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين ، وفاء المدين

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

(٣) وكان حلول الكفيل محل الدائن في القانون الروماني لا يتم بحكم القانون ، بل كان الكفيل عند وفاء الدين للدائن يقتضى منه أن ينزل له من حقوقه . فإذا رفض الدائن النزول عن دعواه فكفيل ، كان لهذا الأخير أن يواجهه بدفع في خصوص ذلك (cedendarum actionum) ، بل كان يفترض في بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلاً . وكان القانون الروماني ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفى ديناً مضموناً برهن الحق في أن يخلف الدائن في هذا الرهن (successio in locum creditale) أو في مرتبته (جيرار طبعة ثالثة من ٧٥٤ - ص ٧٥٥ و ص ٧٧٦ مواش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) . أما في القوانين الجرمانية ، فكان الكفيل يحل محل الدائن بحكم القانون . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، وإن كان ذلك محل النزاع (بودرى وقال نقرة ١١٠٩) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

بالدين عند حلول أجله ، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء مع عدم معارضة المدين . والشرطان الأولان من هذه الشروط الثلاثة يجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، أما الشرط الثالث المتعلق بإخطار المدين فليس ضرورياً للرجوع بهذه الدعوى^(١) .

وعلى ذلك يجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، وهما :

(الشرط الأول) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : فيجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين . وقد رأينا^(٢) المادة ٧٩٩ نقول : «إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن » . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه أو إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل في هذا الدفع ، فعتد بضطر إلى وفاء الدين للدائن ويحل محله في رجوعه على المدين . وقد يقضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كما إذا وفى الدين بمقابل ، أو جدد الدين بتخير المدين مثلاً ، أو قضى الدين بطريق المقاصة . فكل هذه أسباب تقوم مقام

(١) ولذلك جاء ترتيب المواد ٧٩٨ - ٨٠٠ منفصلاً ، فقد بدأت المادة ٧٩٨ وهي في صدر هذه المواد تتكلم عن إخطار المدين ، ثم جاءت المادتان ٧٩٩ و ٨٠٠ الأولى في دعوى الحلول والثانية في الدعوى الشخصية . وهذا الترتيب يروم أن إخطار المدين واجب في كل من دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، ما دام الإخطار يتقدم كلا من الدعويين . والصحيح أن الإخطار غير واجب إلا في الدعوى الشخصية ، أما دعوى الحلول فلا يجب فيها الإخطار قبل الوفاء ، إذ أن الوفاء دون إخطار المدين به يحمل الكفيل بحل محل الدائن كالوفاء بعه الإخطار سواء بسواء . وكان الواجب أن تأخر المادة ٧٩٨ المتعلقة بالإخطار عن المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، أو تتقدم المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية على المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، وتأتي المادة ٨٠٥ المتعلقة بالدعوى الشخصية عقب المادة ٧٩٨ مباشرة ، أي عقب المادة المتعلقة بالإخطار ، وبذلك لا يكون الإخطار واجباً إلا في الدعوى الشخصية . (انظر في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ١٠٢) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٦ .

الوفاء فينقضى بها الدين ، ومن ثم يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين (١) . أما إذا لم يَف الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء ، كما إذا أَرَأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل ، فإن هذا لا يَستبر وفاء للدين ، فلا يحل انكفيل محل الدائن . وقد يَعمد الدائن إلى التنفيذ على أموال كل من المدين والكفيل ، فعلى الكفيل في هذه الحالة أن يتقدم في التوزيع المفتوح بالنسبة إلى أموال المدين ، حتى إذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين وأموال الكفيل معاً ، حل الكفيل محل الدائن ودخل في توزيع أموال المدين بنسبة ما استوفاه الدائن من أمواله هو (٢) .

(الشرط الثاني) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : فإذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضا الدائن قبل حلول الأجل الأصلي ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل ، أو لم يرجع أصلاً إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء الدين (٣) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضا المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٤٩ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١١ ص ١٧١ .

(٢) بودرى وقال فقرة ١١١٠ .

(٣) بودرى وقال فقرة ١١١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥١ - سليمان مرقس فقرة ١٣٠ ص ١٣٤ - وإذا امتد الأجل الأصلي باتفاق بين المدين والدائن أو بمنع القاصى للمدين فقرة المبصرة ، فإنه يَستبر أن الكفيل ، وقد حل محل الدائن ، لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل الجديد بعد امتداده ، لأن الدائن نفسه كان لا يستطيع الرجوع على المدين قبل ذلك (حيوار فقرة ٢٥٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٠٩ ص ١٥١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٥ ص ١٧٤ هامش ٢ - انظر حكمى ذلك وأن الكفيل يرجع بدعوى الحلول عند حلول الأجل الأصلي ولا ينتظر حلول الأجل الجديد : بودرى وقال فقرة ١١١٢)

في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً ، أو كانت لدى المدين دفع تبرئ ذمته من الدين»^(١)

٦٨ - ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا

وفي الدين لمصر : قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط : عند الكلام في أحكام الرجوع بدعوى الحلول ، أن الموفى وهو هنا الكفيل يحل محل الدائن . وقد نصت المادة ٣٢٩ مدني في هذا الصدد على أن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما ينحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات . وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن »^(٢) . وتؤكد المادة ٧٩٩ مدني^(٣) هذا المعنى ، فتقول : « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين »^(٤) .

وعلى هذا يحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما لهذا الحق من خصائص . فإذا كان حق الدائن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً^(٥) . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية • ص ٥٤٤ - ص ٥٤٥ .

(٢) انظر التكييف القانوني للحلول والنظريات الثلاث المختلفة في هذا التكييف ، وهي :

(١) بقاء التأمينات وحدها دون الحق (٢) بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى (٣) الوفاء مع الحلول وبقاء الحق إلى الدائن وانتقال الحق بالنسبة إلى المدين : الوسيط ٣ فقرة ٤٠٢ - فقرة ٤٠٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٥

(٤) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط ولم يبرئه من الدين ، ودفع الكفيل التضامن الدين ، فله الرجوع على المدين الذي أبرئ من التضامن بكل ما دفع (مصر الكلية • فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢) .

(٥) هودري وقال فقرة ١١١٦ مكررة - ويظهر أنه حق تجارى في الإثبات والاختصاص وسمر الفوائد القانونية .

قد تكون المدة أوشكت على الانقضاء فلا ثابت أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفي هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول فإن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأولى لا يبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل بالدين . وقد يكون حق الدائن الذي انتقل إلى الكفيل ثابتاً في سند رسمي أو في حكم ، فينتقل إلى الكفيل بهذا السند التنفيذي كما كان في يد الدائن . وقد يكون الدائن قد قاضى المدين وسار في إجراءات التقاضى شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات بل يسير فيها من حيث وجدها^(١).

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يلحق هذا الحق من توابع . فلو كان حق الدائن ينتج فوائد بسعر معين ، فانه ينتقل إلى الكفيل متجاً للفوائد بهذا السعر ، ويكون للكفيل الحق في تقاضى هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق . ويعتبر تابعاً للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشتري في دفع الثمن ، ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشتري ، انتقل إلى الكفيل حق البائع بما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن^(٢) . ويعتبر تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا وفي الكفيل الحق للدائن وانتقل إليه هذا الحق ، فإنه ينتقل إليه مقترناً بحق الطعن بالدعوى البولصية^(٣) . ويعتبر تابعاً كذلك الحق في الحبس ، فتنقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل ، ويكون لهذا الأخير الحق في حبسها حتى يستوفى الدين من الدائن^(٤) . وإذا كان هناك شرط

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ - ويرجع الكفيل حل المدين بقية الأخشاب التي حجز عليها للدائن وتركها المدين تفلت من الحجز (نقض فرنسي ١٠ مارس ١٩٣٦ - يريه ١٩٣٦ - ١ - ١٩٠ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ هامش ١ .

(٢) جيوار فقرة ١٨٥ - بودوي وقال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ - بلانيول وريير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ ص ٦٩٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٣ .

جزائى ، استفاد منه الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن (١) .

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه . بما يكفله من تأمينات . فينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية . كالرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى على عقار أو منقول وحقوق الامتياز على عقار أو منقول (٢) . أما انتقال التأمينات الشخصية . ككفيل آخر ضمن الدين أو مدينين متضامنين متعددين . فسيأتى الكلام فى ذلك عند بحث رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين ورجوعه على المدينين المتضامنين . والحلول فى التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الكفيل إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله فى رهن أو فى أى تأمين آخر أو فى أى طلب للدخول فى التوزيع بدلا منه ، ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الكفيل الذى حل محله فى هذا الرهن (٣) .

ويحل الكفيل محل الدائن فى حقه . بما يرد عليه من دفعات إذا كان

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ - ونرى ضمن الكفيل المستأجر فى دفع الأجرة ، ثم دفعها للمؤجر وفاء عن المستأجر ، حل محل المؤجر فى حقه بما يتبع هذا الحق من طرد المستأجر من العين المؤجرة فليس طرد المستأجر إلا ضرباً من فسخ الإيجار ، وقد قدسنا أن دهوى الفسخ تعتبر من أنواع الحق (جيوار فقرة ١٨٥ - بودرى وقال فقرة ١١١٤ - عكس ذلك بلانيول وريبير وسافانييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ هامش ١) .

(٢) بودرى وقال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ - ويستوى أن تكون هذه التأمينات قد حصل عليها الدائن قبل عقد الكفالة أو بعد هذا العقد ، من المالكين محل الكفيل فيها محل الدائن (ترولون فقرة ٣٧٦ - بون ٢ فقرة ٢٧٢ - جيوار فقرة ١٨٤ - بودرى وقال فقرة ١١١٣) .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٤ - وقد رأينا (انظر آنفاً فقر ٥١) أن المادة ٧٨٧ / ٢ و ٣ مدنى تنص على ما يأتى : ٣ - فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلل عنه الكفيل . ٣ - أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، وينحصر الكفيل مصروفات النقل حل أن يرجع بها على المدين .

الكفيل قد وفى الدين قبل إخطار المدين بعزمه على الوفاء فلم يتمكن المدين من المعارضة فى الوفاء . وإذا كان الحق مصدرة عقد باطل أو قابل للإبطال . جاز للمدين أن يمتنع بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بآى سبب آخر كالتمديد أو التناقص أو الإبراء أو التنازع . جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك . وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق . أو على شرط فاسخ تحقق . أو كان حاصلاً موجلاً ولم يجل الأجل . جاز للمدين أن يدفع أيضاً بكل ذلك . أما إذا كان الدائن قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء فى هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الكفيل إذا كان هذا متوافقاً فيه الأهلية لاستيفاء الدين (١) .

على أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ مدنى نفس . كما رأينا (٢) . على أن يكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن . . . والسبب فى ذلك أن الكفيل ، وهو يوفى بالدين للدائن ، إنما يقوم بهذا بعيداً عن فكرة المضاربة التى هى فى حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الدين . ولا بد أن يكون الوفاء هنا قد أحاطت به ملازمات اقتضت أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفى الباقي . فليس للكفيل أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى للدائن إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء . وإنما هو يلتزم بالدين عن المدين ويريد الوفاء بالتزامه . وأو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ، فسيبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار الذى دفعه ، وعند هذا ينقل إليه الدين كاملاً عن طريق حوالة الحق ويرجع به كله على المدين (٣) .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٥ .

(٢) انظر نفس الفقرة .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٧ . وقد رأينا فى الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين ، إذا قبل الدائن أن ينزل من جزء الدين ، يجب صلح بينه وبين الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين هنا أيضاً إلا بمقدار ما وفى من الدين (انظر أيضاً فقرة ٩٤ فى الخامس) .

وعلى ذلك يرجع الكفيل على المدين ، في دعوى الحلول ، بما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله إذا كان قد وفى الدائن مقدار الدين بأكمله . وإلا فالقدر الذى وفاه من الدين كما قدمنا . وكذلك يرجع بفوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ، ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول . ويشمل أصل الدين كذلك ، فيرجع الكفيل به على المدين ، ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التى تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين أيضاً في الدعوى الشخصية ، كما قدمنا^(١) .

ولكن الكفيل لا يرجع على المدين . في دعوى الحلول ، لا بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، ولا بالمصروفات التى أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، وذلك كمصروفات العرض الحقيقى والإبداع والمصروفات التى أنفقها الكفيل في إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ومصروفات مطالبة الدائن للمدين ومصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، ولا بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصاب الكفيل دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه^(٢) . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية^(٣) ، بخلاف دعوى الحلول ، وفي ذلك تتميز الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٣ .

(٢) بون ٢ فقرة ٢٧٤ - لوران ٢٨ فقرة ٢٤٦ - جيوار فقرة ١٩٠ - بودنى وقال فقرة ١١١٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٤) بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٤١ من ٩٩٣ .

٦٩ - ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا

وفي الكفيل جزاء من المدين : رأينا^(١) أن المادة ٧٩٩ مدني تنص على ما يأتي :

« ولكن إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لبعض ما جاء في المادة ٣٣٠ مدني التي تنص على ما يأتي « ١ - إذا وفي الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ - فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل أخير هو ومن تقدمه في الحل كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » .

والمفروض هنا أن الكفيل وفي جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فيه . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً في الدين وكان العقار لا يفي بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الكفيل وقد حل في الرهن بمقدار ما وفاه والدائن ولا يزال دائناً بالجزء الباقي لا يجدان أمامهما سوى هذا العقار ليستوفي كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . وكان ينبغي أن يتعادلا فإن كلا منهما دائن يجزء من دين واحد ، فلا محل لتفصيل أحدهما على الآخر . ولكن النص ، وهو في ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين ، يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه من الكفيل إلا على أساس أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي . فيتقدم الدائن على الكفيل ويستوفي أولاً الجزء الباقي من الدين ، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الكفيل فلا يستوفي به إلا بعض حقه . فالكفيل وقد حل محل الدائن في جزء من حقه لم يعامل بماملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه^(٢) . على أن هذه

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) مصر للكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢ .

القاعدة يحد منها قيدان : (١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والكفيل فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والكفيل أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان فيقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الكفيل هو الذى يتقدم على الدائن وما بقى بعد ذلك يأخذه الدائن . (٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والكفيل على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر وتقدم الدائن على الكفيل ، فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يبنى له بالجزء الباقى من حقه ويحل فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدنى صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه « إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » . ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعده متقدماً على الكفيل ، إذ أن الكفيل ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسرى في حقه . وإنما يجوز للدائن ، عند استيفاء جزء من حقه من الكفيل ، أن يشترط عليه أنه هو أو من يخلفه في الجزء الباقى يتقدم على الكفيل . وعند ذلك يكون للدائن ، وهو يستوفى الجزء الباقى ، أن يتفق مع الموفى الثانى أن يتقدم هذا على الكفيل ، وهذا ما رضى به الكفيل مقدماً عند اتفاه مع الدائن (١) .

وما قدمناه من أن الكفيل الذى وفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عند ما يريد هذا استيفاء الجزء الباقى ، إنما يصح إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فقد رأينا (٢) أنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض في المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، وفى الكفيل الدائن جزءاً من حقه ، ولم يكن عند المدين مال يبنى بكل الدين ، فإن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٧ - ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٤ .

يجعله يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بما بقى من حقه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء^(١) .

٧٠ - موازنة بين دعوى الملول والرعى الشخصية : من ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية . أن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه ، وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع ، وقد تقدم بيان هذا^(٢) . ولا يشترط في دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ، ويشترط ذلك في الدعوى الشخصية^(٣) .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول . ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

أولاً - يستحق الكفيل في الدعوى الشخصية الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للمدين من وقت الدفع ، ويرجع الكفيل أيضاً في الدعوى الشخصية بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه . ولا يرجع الكفيل في دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض ، وهذه هي إحدى الميزات الأساسية للدعوى الشخصية على دعوى الحلول^(٤) .

ثانياً - إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإن حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذي وفي فيه المدين للدائن ، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت . أما في دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن ، وقد بدأ

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٦٨ في آخرها .

سريان تقادم هذا الحق منذ أن استحق أى قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية ، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفى هذا تميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول^(١) .

ثالثاً - إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء^(٢) .

§ ٣ - رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

٧١ - نص قانونى : تنص المادة ٨٠١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى كفلهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين »^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨ فى أولها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٩ - وانظر فى الموارنة من دماء الحلول والدعوى الشخصية

بلانبول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١١١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٥ - سليمان مرقس فقرة ١٢٢ - فقرة ١٢٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٤ من المشروع اتشيد على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى الصور م ٧٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والمعقودات^١ لا مقابل .

ويفرض هذا النص أن هناك مدينين متعددين متضامنين في دين واحد ، وأن كفيلاً قد ضمنهم جميعاً . وهناك فرض آخر ، هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين في دين واحد ، وأن كفيلاً ضمن بعضهم دون الباقين . فتستعرض كلا من الفرضين .

٧٤ — مدينونه متضامنونه ضمنهم الكفيل جميعاً : هذا هو الفرض

الذى أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدني سالفه الذكر ، وهو أبسط الفرضين فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد ضمنهم الكفيل جميعاً ، ووفى الكفيل الدين للدائن ، فإنه يرجع على أى من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحاول (١) .

فإن رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بما وقاه للدائن ، أى بكل الدين . ذلك لأن أى مدين متضامن مسئول عن كل الدين بحكم التضامن فيما بين المدينين ، وقد وفى الكفيل عنه كل الدين فيرجع بكل الدين عليه (٢) . ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصرفات وتعويض . فإذا رجع الكفيل بكل الدين على أحد المدينين المتضامنين ، رجع هذا المدين على سائر المدينين كل بقدر حصته (م ١/٢٩٧ مدني) . وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين للكفيل وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته (م ٢٩٨ مدني) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في التضامن .

وإن رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذى وقاه حقه . ولما كان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين للتضامن القائم فيما بينهم ، فإن الكفيل له أن يرجع أيضاً بدعوى الحاول على

(١) استئناف نسط ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٧ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ — بودري وقال فقرة ١١١٩ .

أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، كما فى الدعوى الشخصية^(١) . وكما فى الدعوى الشخصية أيضاً يرجع المدين الذى وفى الدين للكفيل على سائر المدينين كل بقدر حصته ، وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى الدين للكفيل وسائر المدينين المتضامنين كل بقدر حصته^(٢) .

٧٣ - مدينونه متضامنونه ضمن الكفيل بعضهم : ونفرض هنا أن

الكفيل لم يضمن كل المدينين المتضامنين كما فعل فى الفرض السابق ، بل ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإذا كان هناك ثلاثة مدينين متضامنين ، وقد ضمن الكفيل الأول منهم دون أن يضمن الاثنين الآخرين ، وفى الكفيل كل الدين للدائن ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، لنفس الأسباب التى قدمناها عند ما يرجع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين بعد أن يكون قد ضمنهم جميعاً^(٣) .

(١) تروارن فقرة ٣٧٧ - بون ٢ فقرة ٢٧٦ - لوران ٢٨ فقرة ٢١٨ - جيوار فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٢ - بودرى وقال فقرة ١١٢١ .

(٢) وقد نواتش نص المادة ٨٠١ مدنى فى بحث الأستاذ كامل صدقى ، فقال أحد الأعضاء « إنه يرى استبعاد هذه المادة ، إذ أن الكفيل الذى وفى يملك وفقاً للقواعد العامة الرجوع على كل شخص استفاد من الوفاء الذى قام به . ولما كان الوفاء الحاصل من الكفيل فى الحالة التى تواجهها المادة المقترحة قد استفاد منه عدة مدينين متضامنين ، فإن للكفيل مطالبتهم جميعاً والرجوع عليهم ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وليس هذا الرجوع بحاجة إلى نص لإقراره لأنه تطبيق للمبادئ العامة ، وفى هذا ما يكتفى » (موعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥٠ فى الهامش) - وانظر محمد كامل مرسى فقرة ١١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٢ - سليمان مرقس فقرة ١٣٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٧٢ .

وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمهما ، فإنه يرجع عليه إما بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب . فإن رجع بالدعوى غير المباشرة ، فإنه يرجع كما كان يرجع هذا المدين ، أى بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، لأن المدينين المتضامنين ينقسم الدين فيما بينهم عند رجوع أحدهم على الآخرين وتنقسم عليهم حصة المدين المعسر طبقاً لقواعد التضامن . وكذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه يرجع بقدر ما استفاد المدين الذى يرجع عليه ، وهذا المدين لم يستفد إلا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، ف يرجع الكفيل على المدين هنا أيضاً بقدر حصة هذا المدين ونصيب هذا المدين فى حصة من يعسر^(١) . وفى الحالتين يحتاج المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل بالدفع التى كان يستطيع أن يحتاج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل ، كما لو أبرئت ذمة المدين المتضامن الذى رجع عليه الكفيل^(٢) .

(١) نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٢٧ بحسبة محرر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ مارس الجزء الثانى ص ٩٢٧ - ص ٩٢٨ رقم ١٢ - جيوار فقرة ١٩٣ - بودرى وقال فقرة ١١١٩ - حد كامل حرسى فقرة ١١٦ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ - سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٠ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ - بودرى وقال فقرة ١١٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ - وقد قضت محكمة النقض فى مصر بأنه إذا كان الثابت من نصوص عقد الإيجار والمجبر المثبت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك من وفاة الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن منه قدم رهناً عقارياً عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين الشخصى والعينى . فإن التكليف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول ، وبقدر ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة متعديّة إلى الشريك فى الإجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكليف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون =

أما إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، باعتبار أن الكفيل قد حل محل الدائن وكان هذا يستطيع الرجوع على أى من هذين المدينين المتضامنين ^(١) ، فإن محكمة النقض الفرنسية كانت تذهب أولا إلى أن الكفيل يرجع بقدر حصة هذا المدين . وكانت تستند في ذلك إلى أن المادة ٢٠٣٠ مدنى فرنسى ، وهى تطابق المادة ٨٠١ مدنى مصرى ، تقضى بأن الكفيل إذا ضمن جميع المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أى منهم بجميع الدين ، فلا يرجع إذن على المدين الذى لم يضمنه إلا بقدر حصته فى الدين ^(٢) . ثم رجعت محكمة النقض الفرنسية عن هذا القضاء ، وأصبحت تقضى بأن الكفيل يرجع على المدين الذى لم يضمنه

= يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كتله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه منه عملا بالمادة ٥٠٥ مدنى ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب النير (*actio de la rem verso*) عملا بالمادة ١٤٤ (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) بودرى وقال فقرة ١١٢٢ - وقد نوقشت هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صديق ، فقال أحد الأعضاء : إن هذه المسألة موضع خلاف ، ولإيضاح ذلك نضرب المثل الآتى : أ و ب و ج مدينون متضامنون . كفيل كفل أ وحده ، فهل لهذا الكفيل حق الرجوع على ب و ج ؟ ير بعض الشراح أن الكفيل حق الرجوع على ب و ج بكل الدين بموجب دعوى الحلول ، إذ أنه يحل محل الدائن فى كافة ما له من حقوق . بيد أن هذا الوضع يلحق ضررا بكل من ب و ج ، إذ لولا الكفالة لما كان للمدين الذى وفى إلا الرجوع على كل منهما بحصة فى الدين فقط . وهذا هو السبب الذى حدا بالفريق الآخر من الشراح إلى تبني هذا الرأى ومخالفته . فتسائل الرئيس عن موضوع الضرر الذى يمكن أن يلحق بكل من ب و ج ، مع أن لها حق الرجوع على أ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٩ فى الهامش) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ أبريل سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٢٩٣ - ١٠ يونيو سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ٣٦١ - ٧ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٧١ - وانظر بودرى وقال فقرة ١١٢٣ .

بكل الدين^(١) . ولا حجة فيما يقال من أن المدين الذى لم يضمنه الكفيل يضار من أن مديناً آخر متضامناً معه قدم كفيلاً ، ذلك أن هذا الكفيل إذا رجع على المدين الذى لم يضمنه بكل الدين فإن هذا المدين لم يضار . إذ أن الدائن كان يرجع عليه بكل الدين فحل الكفيل محله فى ذلك . هذا إلى أنه لو دفع أجنبي الدين للدائن واتفق معه على حلول اختياري ، ارجع الأجنبي دون شك على أى مدين متضامن بكل الدين ، فأولى أن يرجع الكفيل بكل الدين على أى مدين متضامن ولو لم يضمنه . عن طريق الحلول التفاضلية . ومصلحته فى وفاء الدين أوضح من مصلحة الأجنبي .

ونرى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الأخير . بعد أن عادت عن رأيها الأول . هو التطبيق الصحيح لقواعد الحلول . فإن الكفيل الذى وفى الدائن كل الدين يحل محله فيما وفاه . وكان الدائن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، فكذلك يرجع الكفيل كما كان يرجع الدائن على أى من المدينين المتضامنين . سواء من ضمنه الكفيل ومن لم يضمنه . بكل الدين . وعلى ذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الحاول . فسواء ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على أى منهم . ضمنه أو لم يضمنه ، بكل الدين^(٢) .

فإذا كان هناك مدينون ثلاثة متضامنون فى دين مقداره ٣٠٠ جنيه بالتساوى فيما بينهم ، وكفل المدين الأول منهم كفيل . وفى الكفيل الدين

(١) نقض فرنسي ٦ يولييه سنة ١٩٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٥٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ سبريه ١٩٣٥ - ١ - ١١٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٣٧٩ - وانظر فى هذا المعنى بيدلف وفواران ١٣ فقرة ١١٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ، فقرة ١٩٥٥ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٣ - سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ - وانظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع فقط بمقدار حصة المدين لابل كل الدين محمد كامل مرسى فقرة ١١٦ ص ١٦٧ - محمد على إمام فقرة ٨٨ .

للدائن . فإنه يرجع على المدين الأول الذى ضمنه بكل الدين أى بمبلغ ٣٠٠ جنيه ما فى ذلك من شك . وكذلك له أن يرجع على أى من المدين الثانى والمدين الثالث بكل الدين كما قدمنا . فإذا ما رجع على المدين الثانى مثلاً بكل الدين . كان لهذا المدين الثانى أن يرجع على المدين الأول الذى ضمنه الكفيل حصته فى الدين أى بمبلغ ١٠٠ جنيه . فإذا كان المدين الأول معسراً ، رجع للمدين الثانى على كفيله . فاختصاراً فى الإجراءات يرجع الكفيل للمدين الأول المعسر على المدين الثانى بمبلغ ٢٠٠ جنيه ، ثم يرجع المدين الثانى على المدين الثالث بمبلغ ١٠٠ جنيه حصته فى الدين . أما إذا كان المدين الثالث هو المعسر . فإن الكفيل يرجع على المدين الثانى بكل الدين وهو ٣٠٠ جنيه . ويرجع المدين الثانى على المدين الأول بمبلغ ١٥٠ جنيه . إذ يتحمل المدينان الأولان . لا الكفيل . حصة المدين الثالث المعسر الذى لم يضمه أحد^(١) .

ونخلص مما تقدم أن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامين بكل الدين . سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامين أو ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامين . فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين . أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، ويرجع على المدين الذى لم يضمه بقدر حصته فى الدين .

المطلب الثانى

العلاقة فيما بين الكفيل والملتزمين بالدين

٧٤ - المفهوم بالملتزمين بالدين : إذا وفى الكفيل الدين عن المدين ،

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكايتان ودى لامورانويير ، فقرة ٩٨٤ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٢٣ - سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ هامش ٢ .

فقد يحد أمامه المرجوع عليه ، ليس فحسب المدين الذى كفله ، بل أيضاً كفلاء للمدين غيره إذ يكون للمدين كفلاء متعددون . وقد يكون أجنبي رهن مالا له فى الدين ، وهذا هو الكفيل العيى . فيرجع عليه الكفيل الشخصى الذى وفى الدين الدائن . وقد يكون المدين رهن عقاراً فى الدين رهنأ رسمياً ثم باع العقار المرهون ، فيسبح المشتري وهو الحائز للعقار (tiers détenteur) مسئولاً عن الدين فيرجع عليه الكفيل .

فنبعث إذن رجوع الكفيل الذى وفى الدين على : (١) الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه . (٢) الكفيل العيى والحائز للعقار .

§ ١ - رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه

٧٥ - نص قانونى : تنص المادة ٧٩٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المصير منهم » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٢ من المشروع التمهيدي محل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦١٨/٥٠٦ : وإذا وجد كفلاء متضامنون ، فالذى أدى جميع الدين منهم عند حلول أجله له أن يطلب من كل من باقى الكفلاء أن يؤدى له حصته من الدين مع تأدية ما يخصه من حصة المصير منهم .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى اللبناني م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٣٢ (موافق) .

قانون الموجبات والمقنود اللبناني م ١٠٨٢ (موافق) .

وهذا النص مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون ديناً واحداً ، وهي حالة ما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم . وقد سبق أن استعرضنا حالة تعدد الكفلاء لدين واحد إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، سواء التزموا بعقد واحد أو بعقود متوالية ، فأوردنا نص المادة ٧٩٢ مدني في هذا الشأن وهي تجرى على الوجه الآتي :

١ - إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله . إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ^(١) . وبيناً أنه إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كلا منهم يكون مسئولاً عن كل الدين ، ولكن لا على سبيل التضامن ، بل على سبيل التضامن (in solidum) ^(٢) .

وعلى ذلك إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، فإما أن ينقسم الدين بينهم ولا يكون كل منهم مسئولاً إلا بقدر نصيبه في الكفالة ، أو لا ينقسم الدين ويكون كل منهم مسئولاً عنه بأكمله إما على سبيل التضامن أو على سبيل التضامن . فنبحث كلا من الحالتين .

٧٩ - الحالة الأولى - تعدد الكفلاء وانقسام الدين بينهم : قدمنا ^(٣)

أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد . فالمشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . ويشترط لذلك :

(١) أن يتعدد الكفلاء الشخصيون ، (٢) وأن يكفل الكفلاء المتعددون

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١ .

نفس الدين . (٣) وأن يكفلوا نفس المدين . (٤) وألا يكونوا متضامين فيما بينهم^(١) .

وعلى ذلك لا يكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه في الكفالة . فإذا وفي هذا النصيب للدائن ، لم يرجع بشيء على الكفلاء الآخرين لأنه لم يف بأنصبتهم في الدين بل وفي بنصيبه وحده . وإنما يرجع على المدين الذي كتمله بمقدار ما وفي عنه من الدين ، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وقد سبق بيان ذلك . وهو إذا وفي بنصيب أحد الكفلاء الآخرين ، وهو غير مسئول عن هذا النصيب كما قدمنا . لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الحلول ، وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب ، فيرجع بأقل القيمتين ، القيمة التي دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل^(٢) .

وإذا أعسر أحد الكفلاء . لم يتحمل أحد من الباقيين أي نصيب في حصة المعسر ، بل يتحمل الدائن وحده حصة الكفيل المعسر^(٣) .

٧٧ - المحان الثانية - تعدد الكفلاء مع التضامن أو التضامن فيما بينهم :

أما إذا تعدد الكفلاء متضامين أو متضامين فيما بينهم . فلا فرق في الحكم بين حالة التضامن وحالة التضامن . لا في مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ، ولا في رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر^(٤) . وقد تكفل ببيان الحكم الأول

(١) انظر في التفصيل فقرة ٤١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٧ - سليمان مرقس فقرة ١٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١ في آخرها في الهامش .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الكفيل المتضامن ، وإن كان ينقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي والتي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً ثابتاً يتحدد نطاقه ، طبقاً للقواعد العامة ، بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٠٧ ص ٧٩٧) .

وهو مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدني .
وتكفل ببيان الحكم الثاني وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين
بمحضته وبمنصيبه في حصة المعسر المادة ٧٩٦ مدني . ولا فرق بين الالتزام
التضامني والالتزام التضاممي إلا في أنه في الالتزام التضامني تجمع بين المدينين
المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هي التي تبرر أن كل
مدين متضامن يمثل الآخرين فيما بينهم لا فيما يضرهم ، أما في الالتزام
التضاممي فلا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين فلا يقوم هذا
التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم (١) .

لذلك نتكلم في الحالتين فيما يلي كأنهما حالة واحدة (٢) . فنبحث :
(١) رجوع الكفيل الذي وفي الدين على كل من الكفلاء الآخرين وأساس
هذا الرجوع . (٢) شروط هذا الرجوع . (٣) مقدار ما يرجع الكفيل به .

٧٨ - رجوع الكفيل الذي وفي الدين على كل من الكفلاء الآخرين -

أساس هذا الرجوع : المفروض هنا أن كل كفيل من الكفلاء المتعديين
مسئول عن كل الدين تجاه الدائن . إما لأنه متضامن مع الكفلاء الآخرين
أو لأنه متضامن معهم . فيجوز إذن للدائن أن يرجع بكل الدين على أي كفيل
من هؤلاء الكفلاء المتعديين ، ويلتزم هذا الكفيل بوفاء الدين كله للدائن .
بعد أن يدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين وبوجوب
تجريد هذا المدين إذا كان له حق في هذين الدفعين ، وبعد أن يدفع رجوع
الدائن عليه بالدفوع التي يحق له التمسك بها (٣) . فإذا لم ينجح الكفيل في دفع
دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما فحكم عليه بكل الدين . أو تقدم الكفيل

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣ - فقرة ٥٠ .

مختاراً للدائن ووفى كل الدين ، فعندئذ يحق له الرجوع على كل من الكفلاء الآخرين .

وتقول المادة ٧٩٦ مدني كما رأينا^(١) ، فيما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، إن للكفيل الذي وفى الدين كله عند حلوله « أن يرجع على كل من الباقيين بحصة في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم » . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الكفلاء متضامنين لا متضامنين ، فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ، ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقيين بحصة في الدين وبنصيبه في حصة المعسر . والكفلاء ، متضامنين أو كانوا أو متضامنين ، ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضامنين . وقد قدمنا ألا فرق بين المدينين المتضامنين والمدينين المتضامنين إلا في وحدة المصلحة المشتركة ، ولنا الآن في صدددها .

وأساس رجوع الكفيل الذي وفى بكل الدين على الكفلاء الآخرين هو نفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضامن على المدينين الآخرين ، فيرجع الكفيل الذي وفى بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول^(٢) .

فاذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، وتسمى هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفى بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين . وإذا رجع بدعوى الحلول ، فإنه يحل محل الدائن الذي وفاه الدين^(٣) ، ولكنه يرجع على كل

(١) انظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٩ - سامحان مرقس فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٢ .

(٣) وذلك تطبيقاً للمادة ٢٢٦ (١) لأن الكفيل ملزم بكل الدين مع الكفلاء الآخرين ، وكذلك تطبيقاً للمادة ٧٩٩ وتقضى بأنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين مضمونة بما يكفلها من تأمينات ، ومن هذه التأمينات كفالة الكفلاء الآخرين (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٩) .

كفيل متضامن معه أو متضام بقدر حصته في الدين وبنصيبه في حصة المصير كما سرى .

٧٩ - شروط هذا الرجوع : ويشترط في رجوع الكفيل على باقي

الكفلاء ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن ، وأن يكون هذا الوفاء مبرئاً لزمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن .

فيجب أولاً أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله للدائن عند حلوله . وقد يقتضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة . ولا يكتفى أن يخشى الكفيل أن يكون رجوعه على الكفلاء الآخرين مهدداً بالخطر ، فيرجع عليهم قبل أن ينى بالدين للدائن ، بل يجب أن يكون الكفيل قد قضى الدين فعلاً بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء^(١) . وإذا اقتصر الكفيل على دفع حصته في الدين وقبل الدائن منه ذلك ، لم يرجع الكفيل بشيء على سائر الكفلاء . لكن إذا دفع الكفيل للدائن أكثر من حصته دون أن ينى بكل الدين وقبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئى ، كان للكفيل أن يرجع بما زاد على حصته على سائر الكفلاء ، كل بنسبة حصته في الدين^(٢) . وععب إثبات الوفاء يقع على عاتق الكفيل الذى يتمسك بهذا الوفاء ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات ، فلا يجوز إثبات الوفاء بما يزيد على النصاب القانونى للينة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة^(٣) .

وينبج ثانياً أن يكون هذا الوفاء مبرئاً لزمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن^(٤) .

(١) جيوار فترة ٢١١ - بودرى وقال فترة ١١٣٣ .

(٢) استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٦ - جيوار فترة ٢١٢ - بودرى وقال فترة ١١٣٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥٤٤ ص ٩٩٧ .

(٣) بودرى وقال فترة ١١٣٦ .

(٤) ٢ فقرة ٣١٢ - فترة ٣١٣ - لوران ٢٨ فترة ٢٦٦ - جيوار فترة -

فإذا كان الوفاء باطلا لم يكن مبرراً للذمة ولا يعتد به ، ولا يجوز للكفيل الذى قام بهذا الوفاء الباطل أن يرجع على بقية الكفلاء . وحتى لو كان الوفاء صحيحاً ورجع الكفيل الذى قام بهذا الوفاء الصحيح على كفيل آخر ، وكان لهذا الكفيل الآخر أن يتمسك بدفع يبرئ ذمته غير هذا الوفاء . لما جاز الرجوع^(١) . وذلك كأن يكون الدائن قد أبرأ هذا الكفيل من الكفالة^(٢) . أو أن يكون عقد كفالته باطلاً أو قابلاً للإبطال . أو أن يكون الدين المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال أو انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ووفى الكفيل الذى يريد الرجوع دون نظر إلى شيء من ذلك^(٣) .

٨٠ - مقدار ما يرجع الكفيل به : رأينا^(٤) أن المادة ٧٩٦ مدنى تنص على أنه « إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله . كان له أن يرجع على كل من الباقيين بخصته في الدين وينصيبه في

٢١٢ هـ - بودرى وقال فقرة ١١٣٤ - بلانبول وريچر وسافانييه فقرة ١٠٤٤ من ٩٧٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١١٧ من ١٦٩ .

(١) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ .

(٢) بودرى وقال فقرة ١١٢٨ مكررة - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠ - ولكن يصح للكفيل الذى يريد الرجوع على الكفيل الآخر الذى أبرئت ذمته أن يرجع على الدائن ، إذ أن هذا الأخير قد أبرأ ذمة الكفيل فأصبح شيئاً من تأمينات الكفيل الذى وفى بالدين (بودرى وقال فقرة ١١٢٨ مكررة - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠) .

(٣) وقد يكون الدين المكفول لم يحل أجله وبدفع الكفيل قبل حلول الأجل ، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل (محمد كامل مرسى ١١٧ ص ١٦٩ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠) - وإذا كان الكفيل الذى وفى الدين قد ارتكب نقصيراً ، كأن لم يخطر الدائن بعزمه على الوفاء قام المدين بالوفاء مرة ثانية ، لم يجوز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء ، لأن وفاء الكفيل لم يبرئ ذمة الكفلاء الآخرين بل الذى أبرأ ذمته هو وفاء المدين (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠ - سليمان مراس فقرة ١٣١ ص ١٤٧ - ص ١٤٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٧٥ .

حصة المصير منهم . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً للقواعد العامة في التضامن ما بين الدينين المتضامنين إذا رجع أحدهم على الباقي ، إذ أن انكفلاء المتضامنين ليسوا إلا دينين متضامنين تجاه الدائن . وتنص المادة ٢٩٧ مدني في هذا الصدد على أنه ١ - إذا وفى أحد الدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن . ٢ - وينقسم الدين إذا وفاه أحد الدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وتنص المادة ٢٩٨ مدني على أنه ١ - إذا أعسر أحد الدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار الدين الذي وفى بالدين وسائر الدينين الموسرين . كل بقدر حصته . والمدينون المتضامون ، (in solidum) في هذا كالمدينين المتضامنين ، إذ قدما أنه لا يقرن أحد الفريقين عن الفريق الآخر إلا في المصلحة المشتركة وتمثيل أحد الدينين لسائرهم فيما ينفع ، ورجوع أحد الدينين على الباقي لا علاقة له بهذا التمثيل .

فلذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين^(١) كل الدين للدائن ، رجع على باقي الكفلاء كل بقدر حصته في الدين ، سواء رجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول^(٢) . وتنعين حصص الكفلاء في الدين بموجب

(١) انظر في تطبيق حكم الكفلاء المتضامنين على الكفلاء المتضامنين لاتحاد الملة وأن ما يرجع به الكفيل في الحلول القانوني هو ما يرجع به في الحلول الاتفاق : عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢١ - سليمان مرتضى فقرة ١٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١١٣ .

(٢) وقد كان منطوق دعوى الحلول يقتضي أن يرجع الكفيل بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أي يرجع بكل الدين على أي كفيل آخر متضامن أو متضامن بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدي إلى سئنة من دعاوا للرجوع لا مبرر لها . فلو أن الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين كانوا مثلاً خمسة حصصهم في الدين متساوية ، وكان الدين خمسة آلاف ، وفى أحدهم كل الدين للدائن وحل محله فيه ، فإن منطوق دعوى الحلول يقتضي كما قلنا أن يرجع الكفيل الذي وفى الدين على أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامنين بأربعة آلاف ، وهذا =

الاتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين في ذمتهم أو بموجب نص في القانون . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص ، لم يبق إلا جعل حصص الكفلاء جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى .

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم ، فتقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم في الدين ، ويرجع الكفيل الذي وفي كل الدين على أي من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه في حصة المعسر . فلو أن الكفلاء المتضامين أو المتضامين كانوا ثلاثة ، وكان الدين ثلاثة آلاف على كل منهم الثلث ، ووفاه كله واحد منهم ، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بألف . فلو كان واحد منهما معسراً رجع الكفيل الدافع على الكفيل الموسر بألف وخمسمائة ، ألف هي حصة الكفيل الموسر في الدين وخمسمائة هي نصيبه في حصة الكفيل المعسر^(١) . ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون

= الثاني يرجع على الثالث بثلاثة آلاف ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بألفين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بألف . فالأولى من الناحية العملية أن يزعم الكفيل الأول منذ البداية الدين على الكفلاء الأربعة ، ويرجع على كل منهم بألف . ولا خير عليه من هذا التسم ، فإنه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم في حصة المعسر كما سئى . هذا إلى أن المطلق الذي أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . وذلك أن الكفيل الذي وفي الدين في المثل المتقدم ، إذا رجع على أحد الكفلاء الأربعة بأربعة آلاف ، كان لهذا الكفيل الثاني بعد أن يدفع الأربعة الآلاف للكفيل الأول أن يحل هو أيضاً محل الدائن قبل هذا الكفيل الأول بالذات بعد أن يستزل حصته من الدين ، فيرجع عليه بثلاثة آلاف . فيكون الكفيل الأول قد استوفى من الكفيل الثاني أربعة آلاف ثم وفاه ثلاثة آلاف في دعوتين متتابعين ، فخلص له من كل ذلك ألف ، فالأولى إذن أن يستوفى هذا الألف منذ البداية وفي دعوى واحدة (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٦ ص ٣٦١ - ص ٣٦٢) .

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء المتضامين أو المتضامين من الدين أو من التضامن أو من التضامن ، فإن هذا الكفيل ، ما لم يخله الدائن من المسؤولية ، يتحمل هو أيضاً نصيبه في حصة المعسر (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٣٦٤) .

بالوقت الذى وفى فيه الكفيل الدين للدائن ، فقد نشأ حقه فى الرجوع على الكفلاء الآخرين بما فى ذلك تقسيم حصة المصّر على المورسين فى هذا الوقت . فإذا كان الكفلاء الآخرون مورسين وقت الوفاء للدائن ، وتأخر الكفيل الذى وفى الدين فى الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالكفيل الذى وفى الدين هو وحده الذى يتحمل حصة هذا المصّر جزاء تأخره فى الرجوع عليه (١) . ويحسن التحفظ فى هذا الرأى . فقد يطالب الدائن أحد الكفلاء المتضامين أو المتضامين بكل الدين ، فيبادر هذا الكفيل إلى إدخال باقى الكفلاء فى الدعوى ليحكم على كل بحصته فى الدين ، ويكون الكفلاء جميعاً مورسين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال الكفيل الذى رفع عليه الدعوى ، ثم بعسر أحد الكفلاء قبل أن يتمكن الكفيل الذى وفى الدين من استيفاء حصة هذا الكفيل الذى أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أى تقصير إلى الكفيل الذى وفى الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة الكفيل المصّر . من أحل ذلك بحسن القول بأن الأصل فى الإعصار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع من هذا الوقت تحمل الكفيل الذى وفى الدين وحده حصة المصّر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقاً فى المحافظة على حقه ضد الكفيل المصّر (٢) .

٢٨ - رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العيني وعلى الحائز للعقار

٨٩ - رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العيني : الكفيل العيني ، كالكفيل الشخصى ، يعتبر كفيلاً لا مدينياً أصلياً . ويفترق عن

(١) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ - بودرى وبارد ٢ فقرة ٢٢٦٠ - د - ب ج ٢ فقر ٢٦٩ ص ٣٣٤ .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٣٦٥ .

الكفيل الشخصى فى أنه غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذى رهنه تأميناً للدين ، فى حين أن الكفيل الشخصى يكون عادة مسئولاً عن كل الدين .

وما دام الكفيل العيى يعتبر كفيلًا ، فإنه إذا وفى الدين ، كان له الرجوع على الكفلاء الآخرين شخصيين وعييين ، كما يرجع أى كفيل وفى الدين . وكذلك إذا وفى الدين كفيل آخر غير الكفيل العيى . فإنه يرجع على الكفيل العيى بمقدار حصته فى الدين .

ينبى أن نحدد حصة الكفيل العيى فى الدين . ولما كان هذا الكفيل مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذى رهنه فى الدين ، فإذا كانت هذه القيمة تساوى الدين أو أكثر كانت مسئولته عن الدين بمقدار مسئولية الكفيل الشخصى . أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلاً ثلثى الدين ، فإن حصته فى الدين تحسب بنسبة هذه القيمة . فإذا كان الدين مثلاً ثلاثة آلاف ، وله كفيل شخصى بكل الدين ، وكفيل عيى رهن فى الدين عقاراً قيمته ألفان ، حسبت حصة الكفيل العيى فى الدين بمقدار ثلثى حصة الكفيل الشخصى ، فتكون حصة الكفيل الشخصى فى الدين ثلاثة أخماس ، أما حصة الكفيل العيى فخمسان . وعلى هذا الأساس إذا وفى الكفيل الشخصى الدين ، فإنه يرجع على الكفيل العيى بمقدار خمسى الدين ، ويتحمل هو ثلاثة الأخماس^(١) .

وإذا فرض أن الدين ألفان ، ضمنه كفيلاً شخصياً كل منهما مسئول عن كل الدين ، وكفيل عيى رهن مقاراً قيمته ألف ، كانت حصة كل من الكفيلين الشخصيين فى الدين ضعف حصة الكفيل العيى ، وينقسم الدين

(١) بيدان وفواران فقرة ١٢٥ - أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ - پلانيول

وربيير وسافاتييه فقرة ١٥٤٦ - پلانيول وربير وبولانچيه ٢ فقرة ١٩٦٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ .

بينهم فيكون كل من الكفيلين الشخصيين مسئولاً عن ثمانمائة ويكون الكفيل العيني مسئولاً عن أربعمائة . وإذا دفع أحد الكفيلين الشخصيين كل الدين للدائن ، فإنه يرجع بثمانمائة على الكفيل الشخصي الثاني ، وبأربعمائة على الكفيل العيني . فإذا وجد الكفيل الشخصي الذي دفع كل الدين الكفيل الشخصي الآخر معسراً ، قسّم حصة هذا الكفيل المعسر وهي ثمانمائة بينه وبين الكفيل العيني بنسبة الثلثين يتحملها هو والثلث يتحمله الكفيل العيني . يتحمل الكفيل العيني من الدين حصته وهي أربعمائة ، ونصيبه في حصة الكفيل المعسر وهو $\frac{8}{12}$ أى $\frac{2}{3}$ ٢٦٦ . فيكون مجموع ما يتحمله الكفيل العيني هو $\frac{2}{3}$ ٢٦٦ ، وهذا المبلغ يخرج من قيمة العقار الذى رهنه وهو ألف كما قدمنا .

٨٢ - مجموع الكفيل الذى وفى الدين على الحائز للعقار : قدمنا

أن الحائز للعقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين فى الدين . فإذا وفى الكفيل بالدين ، حل محل الدائن فى هذا الرهن ، وكان له أن يتبع العقار فى يد الحائز وينفذ عليه بمقدار ما دفعه من الدين ، متقدماً فى ذلك على سائر دائنى الحائز للعقار ، لأنه حل محل الدائن فى الرهن الذى يثقل هذا العقار .

والقاعدة أن الكفيل يرجع على الحائز إذا وفى الدين ، لأنه محل محل الدائن فى الرهن الذى يثقل العقار ، ولكن الحائز لا يرجع على الكفيل إذا وفى الدين . ذلك بأن الكفيل كان يعتمد على العقار الذى رهنه المدين فى الدين ، فلما انتقلت ملكية هذا العقار إلى الحائز لم يكن من شأن انتقال ملكيته إلى غير المدين أن يقلل من اعتماد الكفيل على العقار ولا أن يغير من موقفه بالنسبة إلى هذا الضمان . ولذلك قلنا إن الكفيل يرجع على الحائز للعقار . أما إذا وفى الحائز للعقار الدين ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ ، إذ كان فى وسعه أن يطهر العقار من الرهن ، وبذلك يطمئن إلى حقوقه

دون حاجة للرجوع على الكفيل . وبين الكفيل الذى اعتمد على العقار المرهون ولم يرتكب خطأ فى هذا الاعتماد ، والحائز للعقار الذى لم يطهر العقار فارتكب خطأ بوفائه للدين دون اللجوء إلى التطهير ، يكون الكفيل هو الأولى بالرعاية . لذلك إذا كان الكفيل الذى وفى الدين يرجع على الحائز للعقار كما قدمنا ، فإن الحائز للعقار الذى وفى الدين لا يرجع على الكفيل^(١) . وكذلك لا يرجع الحائز للعقار على الكفيل العيني ، لنفس الأسباب التى من أجلها لا يرجع على الكفيل الشخصى^(٢) .

وعلى ذلك إذا كان الدين مقداره ألفان ، وله كفيل شخصى ، ورهن المدين عقاراً قيمته ألفان فى هذا الدين وباع هذا العقار لحائز ، فإن الكفيل الشخصى إذا وفى الدين يرجع على الحائز للعقار ، وينفذ على العقار المرهون بما وفاه من الدين . وقد كان فى استطاعة الدائن ، وقت أن استوفى الدين من الكفيل ، أن يحول حقه إلى هذا الكفيل ، فيكون للكفيل الحق فى الرجوع على العقار المرهون . فأثر وفاء الكفيل للدين مع الحلول محل الدائن هو نفس أثر تحويل الدائن حقه للكفيل عند ما يستوفى الدين منه .

(١) بودرى وقال فقرة ١١١٥ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٥ .

(٢) أوبر ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٨٩ هامش ٨٤ .

الفصل الثايل

انقضاء الكفالة

٨٣ - انقضاء الكفالة بطريقين تبعي وانقضاؤها بطريقين أصلي : تنقضي

الكفالة بطريق تبعي إذا انقضى الدين المكفول ، ولما كانت الكفالة تابعة لهذا الدين فإن انقضاءه يستتبع انقضاءها . وتنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين . دون أن ينقضى الدين المكفول^(١) .

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بطريق تبعي

٨٤ - كيف ينقضي الدين المكفول : أسباب انقضاء الدين المكفول

هي نفس أسباب انقضاء أي دين ، فإذا انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة كما قدمنا ، لأن التابع لا يبقى بغير الأصل^(٢) . وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٨٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن « جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب الأصل تسقط للكفالة » . ونصت المادة ١٠٨٨ من نفس القانون على أن « موجب الكفالة يسقط بالأسباب نفسها التي تسقط سائر الموجبات » ، وإن لم تكن تلك الأسباب علاقة بالموجب الأصلي » .

(٢) بودر وقال فقرة ١١٣٨ ص ٥٩٧ .

واتحاد الذمة . والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم . وقد ينسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله ، فتزول الكفالة تبعاً لذلك .

٨٥ - انقضاء الدين المكفول بالوفاء : قد يقضى المدين الأصلي

دينه المكفول بالوفاء ، فبني هذا الدين للدائن . فينقضى الدين المكفول ، وينقضى تبعاً له دين الكفيل فتنقضي الكفالة^(١) . ويمكن لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً لوفاء حقه ، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري ، فإن الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر أنه هو البائع^(٢) . وإذا لم يقبل الدائن الوفاء ، واضطر المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً تلاه الإبداع ، فإن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته (م ٣٣٩ مدني) . ويجوز للمدين أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن

(١) جوار فقرة ٢٢٥ - بودرى ولال فقرة ١١٣٩ - وإذا كان الوفاء جزئياً وكان الدين مكفولاً في جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع حل الجزء المكفول . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئي ، فلأنه يستوفى به الجزء غير المكفول من الدين ، مستقبلاً الجزء المكفول فهو موثق بالكفالة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧ - بلانيول وريبير وساقاتييه فقرة ١٥٤٨) . هل أن هذا الحكم مقصور على ما إذا كان الدين مكفولاً في جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مكفولاً والآخر غير مكفول ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المكفول لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ - وانظر في أن الدين المكفول أو المضمون بحق اختصاص هو أشد كلفة فتصرف إليه جهة الدفع : استئناف وطني ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩ - ١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) . وانظر في كل ذلك أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٥ وهامش ١ مكرر - الوسيط ٣ فقرة ٤٥٤ ص ٧٧٠ هامش ١ - محمد كامل مرسى فقرة ١٢٢ ص ١٧٣ - وانظر عكس ذلك وأن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء المكفول عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٥ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤ .

(٢) بودرى ولال فقرة ١١٤٠ .

لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته ، وإذا رجع لم يعتبر المدين قد وفى الدين ، ومن ثم لا تبرأ ذمة الكفيل (م ١/٣٤٠ مدنى) . أما إذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لم يكن لرجوع المدين أثر فى حق الكفيل واعتبر الدين موفى بالنسبة إليه وبرئت ذمته نهائياً (م ٢/٣٤٠ مدنى) . وإذا كان الوفاء باطلاً أو أبطل اعتبر كأن لم يكن ، فيعود الدين المكفول وتعود معه الكفالة^(١) . وهذا بخلاف الوفاء بمقابل ، فسرى أنه إذا استحق الشيء المدفوع فى مقابل الدين ، فإن الوفاء بمقابل يبنى مبرئاً لذمة الكفيل ولا تعود الكفالة^(٢) .

وتوجد حالة يوفى فيها بالدين المكفول ، ومع ذلك لا يقضى هذا الدين . وذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن ، وحل محله فيه حلولا اختيارياً أو قانونياً . ففى هذه الحالة يرجع الموفى بالدين على المدين بنفس الدين كما تقضى قواعد الحلول . فلا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه ويبقى التزام الكفيل^(٣) .

ويستوى فى كل ما قدمناه أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين أو متضامناً معه^(٤) .

٨٦ - انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل - نص قانونى : تنص المادة ٧٨٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء »^(٥) .

(١) سليمان مرنس فقرة ١٣٥ ص ١٥٢ .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٢٨١ - جيوار فقرة ٢٥٨ - أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ - بودرى وقال فقرة ١١٤١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٢٥ - بودرى وقال فقرة ١١٣٩ .

(٤) بودرى وقال فقرة ١١٤٣ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه

والمفروض هنا - وهذا الذي يقع غالباً - أن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلاً ، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك فتتقضى الكفالة بطريقة تبعية (١) .

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب عدل النص بإضافة عبارة « من المدين » بعد عبارة « إذا قبل الدائن أن يستوفى » ، وذلك حتى يتحدد المقصود من النص بوضوح تام ، إذ المقصود ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٥٠ ، كما عدته لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد النص إلى أصله « حتى يشمل المدين وأى شخص آخر » ، وجاء في تقرير اللجنة : « ولم تر اللجنة محلاً لأن تخصص الوفاء بوجوب حصوله من الدين ، لأن الوفاء قد يقع من الدين أو غيره ، فليس ثمة وجه لتخصيص محل هذا المبدأ » ، وأصبح رقم المادة ٧٨٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية « ص ٤٦٩ - ص ٤٧٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥١١ / ٦٢٤ : تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن شيئاً بصفة وفاء للدين ، ولو حصلت وهو من الغير باستحقاق ذلك الشيء .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢٩ : إذا قبل الدائن أن يستوفى من المدين في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل حتى لو استحق هذا الشيء ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة .

قانون الموجبات والمقود اللبناني م ١٠٩٦ : عندما يقبل الدائن مخاراً شيئاً غير الشيء الواجب لإيفاء لدينه ، فإن الكفيل وإن كان متضامناً مع المدينون تبرأ ذمته ، ولو نزع ذلك الشيء من الدائن بدعوى الاستحقاق أوردته الدائن بسبب صيوبه الخفية .

(١) ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبراً على قبول شيء آخر في مقابل

ولما كان التكييف القانوني للوفاء بمقابل ، وهو التكييف الذي تغلب في الفقه المعاصر ، هو أن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فإنه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصريه الأولين .

فهو أولاً تجديد بتغيير محل الدين ، ومنى دخل في الدين هذا التعديل الجوهري فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضي معه تأميناته ومنها الكفالة ، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً بانقضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد .

والوفاء بمقابل ثانياً هو وفاء الدين الجديد الذي حل محل الدين القديم ، وذلك عن طريق نقل الملكية . فتسرى إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين . ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق ، فإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع بهذا الضمان على المدين^(١) . ولكنه لا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا المدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا وقد انقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه^(٢) ،

الدائن ، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل ثماراً هذا للوفاء . فإذا نفذ الدائن على مقار المدين وباع هذا المقار بالميزاد ، فربما عليه الميزاد فأخذ المقار تنفيذاً للدين ، لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وفاء . وعلى ذلك إذا استحق هذا المقار ، عاد التزام الكفيل لأن له لم تبرأ نهائياً كما في الوفاء بمقابل (بودر وقال فقرة ١١٤٩) .

(١) فبرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قبة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وفي الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكعالية إذا كان المدين سهيء النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، هـاماً كان الدائن يستلج أن يتقيه منها لو أخطار المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل .

(٢) بودري وقال فقرة ١١٤٨ مكررة ص ٦٠٢ - أوبري ورو فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٥ -

وهو الذى قضى الدين الأصيل بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الحديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية^(١) .

وأياً كان سبب استحقاق المقابل ، فإن الوفاء بمقابل يبرى ذمة الكفيل نهائياً . وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصيل قد أعطى هذا المقابل للدائن ، ففى هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذى تسبب بعمله فى ضمان الاستحقاق^(٢) .

ويجوز للدائن ، عند تسلمه المقابل ، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل . ففى هذه الحالة يكون انقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم استحقاق المقابل ، وقد يتخلف الشرط باستحقاق المقابل^(٣) .

وقد قدمنا أن الذى يقع غالباً أن المدين هو الذى يقدم شيئاً مملوكاً له فى مقابل الدين . ذلك أنه لو كان الذى قدم المقابل هو الكفيل ، واستحق المقابل ، لم تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق . وهذا هو الذى دعا مجلس النواب ، فى مشروع المادة ٧٨٣ مدنى سالفه الذكر ، أن يضيف عبارة « من المدين » بعد عبارة « إذا قبل الدائن أن يستوفى » .

= ويمتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة (پلافول وريير وسافاتييه فقرة ١٥٤٩) . غير أن هذا الاستثناء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . ومن ثم يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ فى حالة استحقاق المقابل ، فإذا فسخ الدائن الوفاء بمقابل لاستحقاق المقابل ، عاد الدين المكفول وحادت الكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٦ - سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤) .

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٤٧٢ - فقرة ٤٨٣ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٦ - بودرى وقال فقرة ١١٥٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٦ - سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤ .

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وقال فقرة ١١٥١ .

إذ المفروض ألا ينصرف النص إلا إلى حالة ما إذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء . ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة . ولكن مجلس الشيوخ أعاد النص إلى أصله « حتى يشمل المدين وأى شخص آخر ، لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غيره . فليس ثمة موجب لتخصيص نخل بهذا المبدأ »^(١) والمقصود بما قرره مجلس الشيوخ من أن الوفاء بمقابل قد يقع من المدين أو من غيره . أن يكون هذا الغير هو غير الكفيل ، لأن الوفاء بمقابل الذى يقع من الكفيل لا يبرئ ذمته إذا استحق الشيء . كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون الذى قام بالوفاء بمقابل هو أجنبي ، غير الكفيل وغير المدين . وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد : « ولا ترى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين (وغير الكفيل) على أن يستوفى الدين منه بمقابل . فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للمدين . ثم يرجع الغير على المدين . إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما . بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب . ينسب الأحوال »^(٢) . فإذا دفع مقابل الوفاء من غير المدين ومن غير الكفيل على هذا النحو . فإن هذا الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً كما يبرئها نهائياً الوفاء بمقابل الواقع من المدين . ولا تعود الكفالة إذا استحق المقابل المدفوع من الغير . كما لا تعود إذا استحق المقابل المدفوع من المدين .

٨٧ — انقضاء الدين المكفول بالتجديد : إذا انقضى الدين المكفول

بالتجديد ، بأن جدد المدين الأصل دينه بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين فى محله أو مصدره . فإن الدين المكفول ينقضى وتنقضى تبعاً لانقضائه

(١) انظر نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٧٤ ص ٧٩٨ هامش ١ .

الكفالة . ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول ، إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى ، فنصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه « ١ - يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ - ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون . أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » .

فقد يكون الالتزام الأصلي مضموناً بكفيل ، فبانقضائه بطريق التجديد تنقضي الكفالة . ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد ، إلا بنص في القانون أو بالاتفاق . أما نص القانون ، فمثله ما ورد في المادة ٣٥٥ مدني من أن « ١ - لا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام في حساب جار . ٢ - وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » . فهنا لم تنقض الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد ، بل بقيت وانتقلت إلى الالتزام الجديد ، وهو رصيد الحساب ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى رضا الكفيل . وأما الاتفاق ، فقد وردت في شأنه المادة ٣٥٨ مدني ، وتنص على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » . ذلك أن الكفالة قد انقضت بانقضاء الدين للمكفول ، فلا تنتقل إلى الدين الجديد لتكفله . ولا يكفي إذن ، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلي ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين معاً ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد ، بل لا بد من رضا الكفيل أيضاً . فإنه لم يكفل إلا التزاماً بعينه وهو الالتزام الأصلي ، وقد انقضى هذا الالتزام

فانقضت كفالاته تبعاً لذلك . فحتى يضمن الكفيل الالتزام الجديد ، ولو كان أقل قيمة . لا بد من رضائه بذلك . أى لا بد من كفالة جديدة^(١) . وإيداع الدين في قائمة التوزيع ضد المدين وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديدًا ، فلا يقضى الكفالة . ويستطيع الدائن أن ينزل عن إدراجه في قائمة هذا التوزيع . وأن يرجع على الكفيل الذى لم تبرأ ذمته^(٢) .

وحتى يكون هناك تجديد . فتتقضى به الكفالة ، لا بد أن تكون نية التجديد واضحة . وقد نصت المادة ١/٣٥٤ ملنى على أن « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة . أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » . وحتى تقوم نية التجديد واضحة ، يجب أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . فتغيير محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا بنطوى على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد في وضوح . وإضافه أجل ، أو مد أجل قائم^(٣) ، أو إلغاء أجل موجود . أو إضافة شرط جرائى . أو تقديم تأمين عيى أو شخصى ، أو إلغاء هذا التأمين . أو تغيير مكان الوفاء . أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها . أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه . كل ذلك لا يكفى لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح على هذه النية . وقد نصت المادة

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩ - الوسيط ٣ فقرة ٥٠٨ - من ٨٥٣ - وتنص المادة ١٠٩٢ لبنانى على « أن تجديد الدين بين الدائن والمدين الأصل يبرئ الكفيل ، ما لم يكونوا قد قبلوا بكفالة الدين الجديد . على أنه إذا اشترط الدائن ضم الكفلاء إلى المدين الجديد ، ولم يقبل هؤلاء ، فالموجب لا يسقط » .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٤ - بودر وقال فقرة ١١٤٥ .

(٣) وقد نصت المادة ١٠٩٤ لبنانى على « أن تجديد الأجل الذى يمنحه الدائن للمدين الأصل يستنفذ منه الكفيل ، ما لم يكن سبب عمر المدين . أما التجديد الذى يمنحه الدائن للكفيل فلا يستفيد منه المدين الأصل ، ما لم يصرح الدائن بالعكس » .

٢/٣٥٤ مدني صراحة على ذلك ، فهي تنقضي بأنه لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . فجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً . بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلاً ، فلا تنقضي الكفالة التي تضمن هذا الدين . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، كإبدال كميالة بكمياله أو سند إذني بكميالة أو كميالة بسند إذني بفرض مد أجل الدين ، أو تغيير سند الدين بكميالة أو سند إذني ، لا يعد تجديداً ، ولا تنقضي به الكفالة . وكذلك تحرير كميالة أو سند إذني بشحن المبيع لا يعد تجديداً للشحن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً وكذلك الكفالة حتى بعد كتابة الكميالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره . كأن يقر البائع أنه نسلم الثمن نقداً في هذه الحالة يتقضى دين الثمن بثأميناته من امتياز وكفالة ويحل محله دين جديد هو الدين الثابت بالكميالة أو السند . ولا يعتبر تجديداً ، فلا تنقضي الكفالة ، الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قبل في الإقرار أنه في حالة عدم الوفاء بنفذ الحكم ، ولا الإقرار الصادر من المستأجر بالتمتع في ذمته من الأجرة ، فتبقى الكفالة وامتياز المؤجر ويتقدم الدين بخمس سنوات (١) .

٨٨ - انقضاء الدين المكفول بالمقاصة : وإذا انقضى الدين المكفول

بالمقاصة ، بأن كان في ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة في الدين الثابت

(١) انظر في كل ذلك المصيط ٣ فقرة ٩١ : - والإجابة الكاملة تعتبر تجديداً ، فتسرى عليها أحكام التجديد . أما إذا كانت الإجابة غير كاملة فلا تعتبر تجديداً ، ويقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب ويصبح الدائن مديناً بدلاً من دين واحد . فإذا بقي التزام المنيب قائماً ، فإن جميع تأميناته ومنها الكفالة تبقى معه (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧) .

في ذمة المدين للدائن ، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك .

ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونية تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونية عن طريق المقاصة ، تخلص الكفيل تبعاً لذلك . ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن . إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين^(١) . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي على هذه الأحكام ، إذ تقول : « يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل » .

ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها ، فإذا نزل عنها المدينان معاً بعد أن توافرات شروطها وتلاقى الدينان ، فعلى كل من المدينين أن يؤدي الدين الذي في ذمته . وله أن يتقاضى حقه من مدينه . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فإن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد المدينين كان مضموناً بكفيل ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة . فإذا نزل المدين في الدين المكفول عن المقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة .

(١) ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يني بالدين المكفول من طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت يتمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل على المدين ، بعد أن وفي دينه من طريق المقاصة .

ذلك أن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول^(١).

وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص هو المادة ٣٦٩ مدني ، وتجرى على الوجه الآتي : « إذا وفي المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي كانت تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » . وهذا النص يفرض أن المدين وفي دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاضي به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : (أولاً) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين وهو يجهل وجود حقه قد نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون . فانقضى بها دين المدين . فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه ولا بما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولاً ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاة لدين قائم في ذمته لا على أنه وفاة لدين انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع . فإن حق المدين في ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية فأضر بقاؤها بالكفيل . وذلك كله رعاية لحسن نية المدين . (ثانياً) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٦ - ضد الشراح عبد الباقي فقرة ١٣٨ - سليمان مرقور

وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقض الدين الذى كان فى ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولكن لا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة بعد أن انقضت^(١).

٨٩ - انقضاء الدين المكفول باتحاد الزمة : وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الزمة ، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الزمة ، انقضت الكفالة التى كانت تضمن الدين تبعاً لذلك ، وبرئت ذمة الكفيل^(٢) . ولكن إذا زال اتحاد اتحاد الزمة بأثر رجعى ، اعتبر كأنه لم يكن . وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الزمة الذى زال بأثر رجعى . وقد نصت المادة ٢/٣٧٠ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الزمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الزمة كأن لم يكن »^(٣) .

وإذا مات الدائن وورثه الكفيل . فاتحاد الزمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضى التزام الكفيل ، فليس ينقضى على النحو الذى ينقضى به لو أن الكفيل وفى الدين حقه . فإن الكفيل إذا وفى الدين للدائن . انقضى

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد : « وإذا اتحدت ذمة المدين الأصل والدائن ، فإن الدين ينقضى باتحاد الزمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصل - وقد أصبح باتحاد الزمة دائناً - إذا حاول أن يرجع باعتباره أنه دائن على الكفيل ، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد كانت المادة ٢٠٣ / ٢٦٧ من التشريع المدعى السابق تقضى بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصل يبرئ ذمة الكفلاء » (الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠ ص ٩٥٥) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - سليمان مرقس فقرة ١٣٩ .

الدين وبرئت ذمة المدين فانقضت الكفالة بصفة تبعية ، ورجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة بصفة أصلية ، لم ينقض الدين الأصلي ، ومطالب الكفيل الذي أصبح دائناً المدين بهذا الدين ذاته^(١)

وإذا مات المدين وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة (في القانون الفرنسي) وانقضت الكفالة ، فإن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة . فإذا أدى الكفيل الدين للدائن ، أداه باعتباره مديناً أصلياً بعد أن ورث المدين لا باعتباره كفيلاً . أما إذا أداه باعتباره كفيلاً ، بعد أن أصبح مديناً أصلياً بالميراث ، فإنه لا يستطيع باعتباره كفيلاً الرجوع على نفسه باعتباره مديناً . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل ، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن في هذه الحالة ، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مديناً أصلياً ، أن يرجع على كفيل الكفيل^(٢) . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت المادة ٢٠٣٥ مدنى فرنسى على هذا الحكم ، إذ تقول : « اتحاد الذمة الذى يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عند ما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضى

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٣ لىانى على : أن اجتماع صفى الدائن والمديون الأصلي في شخص واحد يبرئ ذمة الكفيل . وإذا حصل هذا الاجتماع في شخص المديون الأصل بسبب وفاة الدائن ، وكان المديون الأصل وارثاً له مع آخرين ، برئت ذمة الكفيل بقدر حصة المديون . أما اجتماع صفى الدائن والكفيل في شخص واحد ، فلا يبرئ ذمة المديون الأصلي . وأما اجتماع صفى المديون الأصلي والكفيل عند ما يصبح أحدهما وارثاً الآخر ، فهو يسقط الكفالة ولا يبقى إلا المدين الأصلي . وإنما يبقى للدائن حقه في مداعة من كفل الكفيل ، ويحتفظ بالتأمينات التى اتخذها الكفالة سرحب الكفيل .

دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل^(١) . « وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين وورث أحدهم ، فصار في القانون الفرنسي كفيلاً ومديناً متضامناً في وقت واحد ، فإن وفى الدين باعتباره كفيلاً ، رجع على أى من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استئزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم فى الدين^(٢) .

٩٠ - انقضاء الدين المكفول بالإبراء : وإذا انقضى الدين المكفول

بإبراء الدائن للمدين من الدين ، انقضى الدين المكفول بالإبراء ، وانقضت تبعاً لانقضائه الكفالة^(٣) .

والإبراء فى التتبيين المدنى الجديد يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن ،

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينصن نصاً ، « المادة ١١٦١ من المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « اتحاد الذمة الذى يحصل فى شخص المدين وكفيله ، فى حالة ما إذا ورث أحدهما الآخر ، لا تنفص به دعوى الدائن على من كفل الكفيل » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد هذه المادة ، ما بأتى : « يطابق هذا النص المادة ٢٠٣٥ من التقنين الفرنسى والمادة ٧٣٥ من المشروع الفرنسى الإبطال . وحكه طبعى إذ هنا لم تجتمع صفة دائن ومدين فى شخص واحد ، بل الكفيل الذى كان ملزماً بصفة تبعية من غيره أصبح ملزماً بصفة أصلية ، أو المدين ورث الكفيل فأصبح كفيلاً لنفسه . وهل ذلك تبقى للضمانات الأخرى ، ويبقى التزام المصدق باقياً لفائدة الدائن ، خاصة وأن المصدق إنما جاء لهقوى مركز الكفيل الذى لم يعتبر ضمانه كافياً » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « اكثناء بتطبيق القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٠ - ص ١٧٢ فى الهامش) .

(٢) انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧١ .

(٣) ولا يجوز للدائن الذى يعر * المدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل ، فإن رجوع الكفيل

على المدين يصبح مستحيلاً بإبراء المدين (بون ٢ فقرة ٤٠٧ - ديملومب ٢٨ فقرة ٤٦٢ - بودرى وقال فقرة ١١٥٣) . على أن الدائن يستطيع إذا أبرأ المدين ، أن يشترط ألا يحتج المدين بهذا الإبراء إذا اضطر الدائن أن يحل الكفيل محله ضد المدين (بودرى وقال فقرة ١١٥٣) .

ويرتد برد المدين لإبائه . وقد صرحت بذلك المادة ٣٧١ مدني ، فهي تقضي بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده . فإذا رد المدين الإبراء ، كان بهذا الرد يفقر نفسه . ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم يجوز للكفيل ، وهو دائن للمدين بالرجوع عليه إذا وفى الدين للدائن ، أن يطعن في رد المدين للإبراء بالدعوى البولصية ، لأن هذا الرد زاد في التزامات المدين إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . ومن ثم إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، ورد المدين هذا الإبراء ، فعاد الدين بعد انقضائه إلى ذمة المدين ، جاز للكفيل أن يطعن في هذا الرد بالدعوى البولصية فلا يسرى في حقه ، وتبرأ ذمة الكفيل نهائياً من الكفالة .

وقد أورد التقنين المدني السابق في شأن الكفالة سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١ التي سبق إيرادها ، فقالت إن « إبراء ذمة المدين يرتب عليه ذمة ضامنيه أيضاً » . فتبرأ ذمة الكفيل بإبراء ذمة المدين ، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فإذا زال الأصل زال التبع (٢) . ويستثنى من ذلك الإبراء الذي يتضمنه الصلح مع المفلس ، إذ يجب تمييز الإبراء عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat) . فالدائنون عند ما يبرأون ذمة مدينهم المفلس من

(١) وتنص المادة ٢٤٩ / ٣٥٩ تجار على أن « للمدين مطالبة الشركاء في الدين بنظام دينه ، ولو حصل الصلح مع المفلس . ويدخل الكفيل في عموم عبارة الشركاء في الدين » كما يدخل المدين المتضامن (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٠ - سليمان مرقس فقرة ١٤١) .

(٢) ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصل مع استيفائه التكفيل ملتزماً بالدين ، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلًا متضامناً مع المدين أو كان كفيلًا هينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصل (انظر نفس النقرة في الهامش - الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ ص ٩٧٨ هامش ١ بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٩٣٢) .

جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم يسرون على المدين السبيل التي تؤدي إلى ذلك ومنها إبراءه من جزء من ديونه ، وعلى ذلك إذا أبرأ الدائنون مدينهم المفلس من جزء من ديونه بالصلح معه (concordat) ، فإنهم لا يبرئون ذمة الكفلاء . بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين ، فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك^(١) . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرئ ذمة المدين الأصلي ، لأن زوال التبعية لا يستوجب زوال الأصل . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدني السابق على أنه « لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه » . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ، فإن ذلك لا يعني أنه أبرأ الباقيين ، بل تجوز له مطالبة باقي الكفلاء كل بقدر الحصة التي كفّلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أي منهم بالدين بعد استئصال حصة الكفيل الذي أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين^(٢) . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذي أبرأه الدائن قد كفّل الدين بعد أن كفّله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفّالته ، فإذا أبرأه الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أي منهم بكل الدين إذا كانوا

(١) بيدري وقال فقرة ١١٥٥ أوبري ورد ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ حاش ٦ ثالثاً - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥١ - نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٢٥ . ولا يرجع الكفيل بما دفعه للدائن على المدين ، لأن هذا الأخير لا يلتزم بما استزله من دينه نتيجة للصلح إلا التزاماً طبيعياً فلا تصح مطالبته به إجباراً وإن جاز له أن يدفعه اختياري (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٠) .

(٢) وقد نصت المادة ١٠٩١ لبناني على « أن إبراء المدين من الدين يبرئ ذمة الكفيل ، ولكن إبراء ذمة الكفيل لا يبرئ ذمة المدين . وإبراء أحد الكفلاء بدون رضا الآخرين يبرئ هؤلاء بقدر حصة الكفيل الذي أبرئت ذمته » .

متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذى أبرأه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضيانتهم أو مقارنة لها ، وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدنى السابق على أنه « إذا تعدد الضامنون فى دين واحد ، وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنه لها » (١) .

وإذا تصالح الدائن مع المدين ، وتضمن الصلح نزولا من الدائن عن جزء من الدين ، فالكفيل أن يتمسك بهذا الصلح . فلا يكون مسئولاً نحو الدائن إلا عن الباقي من الدين بعد استئزال الجزء الذى نزل عنه الدائن بالصلح ، وتكون مسئولية الكفيل فى ذلك مثل مسئولية المدين (٢) .

٩١ - انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ : وإذا انقضى الدين

المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، انقضت بانقضائه الكفالة . فإذا كان للدين كفيل ، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وإذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين ، فإن محل الدين يتحول إلى تعويض ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، بل يبقى كفيلاً للتعويض (٣) . أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين (٤) . وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولاً عن خطئه كمدين أصلى نحو الدائن (٥) .

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٨٢ .

(٢) بودر وقال فقرة ١١٥٦ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

(٤) بودرى وقال فقرة ١١٦٤ .

(٥) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٩ س ٩٥٩ هامش ١ .

٩٢ - انقضاء الدين المكفول بالتقادم : وإذا انقضى الدين المكفول

بالتقادم ، انقضت بانقضائه الكفالة . وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقض هو نفسه بالتقادم . والغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضى الدين بالتقادم في وقت واحد . وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل إما لأن المدين الأصلي قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي ، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلاً عن الدين الأصلي .

ولكن يحدث أن المدين الأصلي ينقضى بالتقادم دون أن ينقضى التزام الكفيل ، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي بأن يضمن الكفيل الدين بعد نشوئه ، أو حدد لالتزام الكفيل أجل أبعد من الأجل الذي حدد لالتزام المدين . فعند ذلك يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، ويتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الدين الأصلي ، وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل^(١) . وحتى إذا بدأ سريان تقادم التزام الكفيل في الوقت الذي بدأ فيه سريان تقادم الدين الأصلي ، فقد يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل فلا ينقطع بالنسبة إلى المدين الأصلي . فتتقادم الدين الأصلي في هذه الحالة قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل^(٢) . وقد

(١) نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٣٦٧ - ٢ أغسطس سنة ١٩٠٤ سبريه ١٩٠٥ - ١ - ١٨٥ - جيوار فقرة ١٦١ - بودري وقال فقرة ١١٦٥ .
 (٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : « كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلي . ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتل انتقام بالنسبة إلى المدين الأصلي إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلي بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبني يسقط بسقوط الالتزام الأصلي » (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٩ ص ١١٢٢ وهامش ٣) .

يقف التقادم بالنسبة إلى الكفيل لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م ١/٣٨٢ مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى المدين . فبتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فترا ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل .

ويحدث كذلك أن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم ، دون أن ينقضي بالتقادم الدين الأصلي . ويكون ذلك بقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى هذا المدين لا يقطعه بالنسبة إلى الكفيل^(١) . وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بأن يوجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب المدين بحقه (م ١/٣٨٢ مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى الكفيل . فمعد ذلك لا ينقطع التقادم ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، وبتقادم التزامه قبل أن يتقادم الدين الأصلي . فترا ذمة الكفيل بصفة أصلية كما سيأتي ، دون أن تبرا ذمة المدين الأصلي .

وإذا تقادم الدين الأصلي ، برئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك كما قدمنا ، حتى لو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم ، أو حتى لو نزل عنه^(٢) . فإن كان المدين الأصلي لم يتمسك بالتقادم ، جاز للكفيل أن يتمسك به هو تطبيقاً

(١) وهذا على خلاف التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٠) ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل . وتنص المادة ١٠٩٥ لبناني على أن انقطاع حكم مرور الزمن على المدينون الأصلي يجري مفعوله على الكفيل ، ومرار الزمن الذي تم لصاحبه المدينون الأصلي يستفيد منه الكفيل .

وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : « وإذا قطع الدائن التقادم ضد المدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل . وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدني ٦ يوفيه ١٩٤٤ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ - انظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ مدني فرنسي ، وينتقد الفقه الفرنسي ما ورد في هذا النص : بودري وتيسيه فقرة ٥٦٥ (الربيط ٣ فقرة ٦٣٩ ص ١٢٢ : هامش ٤) .

(٢) جيوار فقرة ١٦١ - بودري وقال فقرة ١١٦٥ .

للمادة ١/٣٨٧ مدني وتنص على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه وأو لم يتمسك به المدين » . والكفيل لا شك في أن له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي ، إذ تبرأ ذمته من الكفالة . وإن كان المدين الأحملي قد نزل عن التقادم . جاز للكفيل أن يطعن في هذا النزول بالدعوى الواسية باعتباره دائناً للمدين الأصلي ، وذلك تطبيقاً للمادة ٢/٣٨٨ مدني وتنص على ما يأتي : « وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم »^(١)

٩٣ - انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله : وقد يزول

الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه ، فيصبح الدين كأن لم يكن ، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين . مثل ذلك أن يضمن كفيل التزام المشتري بدفع الثمن . ثم يفسخ البيع فيزول بآثر رجعي ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن ، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المشتري بدفع الثمن . ولا تعود الكفالة بعد أن زالت ، حتى لو كان المدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزم من جديد . بل لا بد أن يلتزم الكفيل كذلك من جديد^(٢) وبالنسخ تحقيق الشرط الناسخ^(٣) .

وما يقال عن فسخ الدين المكفول وتحقق الشرط الناسخ يقال كذلك عن إبطال الدين ، فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلاً للإبطال وأبطل بآثر رجعي ، زال الدين المكفول بآثر رجعي . وزالت بزواله كفالة بآثر رجعي كذلك^(٤) .

(١) عبد الفتاح عبد الساق فقرة ١٤١ - سليمان مرقس فقرة ١٤٢ .

(٢) جيوار فقرة ٢٢٨ - بودري وفال فقرة ١١٦٨ .

(٣) بلانزيل وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٢ ص ١٠٠٢ .

(٤) بودري وفال فقرة ١١٦٩ .

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة بطريق أصلي

٩٤ - كيف تنقضي الكفالة بطريق أصلي : تنقضي الكفالة بطريق

أصلي إما بانقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

المطلب الأول

انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول

بسبب من أسباب انقضاء الالتزام

٩٥ - أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول : قد ينقضي

التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتنتضي الكفالة ، ولكن يغلب أن ينقضي في الوقت ذاته الالتزام المكفول لا التزام الكفيل فحسب . فإذا وفي الكفيل التزامه للدائن أو قضاؤه عن طريق الوفاء بمقابل ، أو عن طريق التجديد أو عن طريق المقاصة^(١) ، فإنه يكون قد قضى التزامه ككفيل

(١) ولا تقع المقاصة بين دين للدائن في ذمة الكفيل ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل أن يتسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يوفى بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينتضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك ، فقد استوفى حقه من الكفيل . ويستطيع الكفيل أن يتسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونية تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونية عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي على هذه الأحكام صراحة ، إذ تقول : « يجوز الكفيل أن يتسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، =

وقضى في الوقت ذاته الدين المكفول . وهنا نفرض أن الكفيل نفسه هو الذي قام بقضاء التزامه . فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدد له أو قاص به حتماً له في ذمة الدائن^(١) . أما فيما تقدم . فقد فرضنا أن المدين هو الذي قام بقضاء الدين المكفول . فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدد له أو قاص به حتماً له في ذمة الدائن .

ولكن قد يحدث أن الكفيل يقضى التزامه ككفيل . دون أن يقضى بذلك الدين المكفول . وإذا صح القول بأن قضاء الكفيل لالتزامه يكون فيه انقضاء للكفالة بطريق أصلي حتى لو انقضى الدين المكفول^(٢) . فإن قضاء الكفيل لالتزامه دون أن يقضى الدين المكفول يصدق عليه بوضوح أكبر أن أن الكفالة قد انقضت بطريق أصلي^(٣) . ويتبع ذلك في اتحاد الذمة والإبراء

= ولكن لا يجوز للدين الأصل أن يتسك بالمقاصة في دين هل الدائن كبير . انظر الوسيط ٣ فترة ٥٩٣ - أوبري ورو ٦ فترة ٤٢٩ ص ٢٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥٥٤ .

ولا يجوز للدائن أن يتسك بالمقاصة بين حقه ودين له على الكفيل ، إلا إذا لم يكن الكفيل الحق في التسك بعدم جواز مطالبة أولاً أو بالتدفع بالتجريد (عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٤ - سليمان مرقس فترة ١٤٣ ص ١٥٧) .

(١) وقد قضت المادة ١٠٩٠ لبناني على أن إيفاء الكفيل للدين يبرئ ذمة الكفيل والمدينون الأصل معاً . وكذلك إحالة الكفيل للدائن على شخص ثالث إذا قبل الدائن والشخص الثالث هذه الإحالة - وإيداع الشيء للواجب إذا تم على وجه صحيح ، والإيفاء بأداء المدين ، وتجديد الدين بين الدائن والكفيل .

(٢) انظر أوبري ورو ٦ فترة ٤٢٩ ص ٢٩٦ - بورري وفال فترة ١١٧٠ - بلانيول وريبير وسافاتييه فترة ١٥٥٣ .

(٣) أما موت الكفيل فلا تنفي به الكفالة ، بل يبقى التزام الكفيل في تركته . وفي التقنيات التي يرث فيها الورثة دين مورثهم ، ينتقل التزام الكفيل إلى ورثته ، وقد قضت المادة ١٠٩٧ لبناني على أن وفاة الكفيل لا تنقض الكفالة ، بل ينتقل موجب الكفيل إلى ورثته .

والتقادم ، فقد ينقضى بسبب من هذه الأسباب التزام الكفيل دون أن ينقضى الدين المكفول . فنقصر القول على كل من هذه الأسباب الثلاثة .

٩٦ - انقضاء التزام الكفيل باتحاد الزمة : قد ينقضى التزام الكفيل

باتحاد الزمة ، دون أن ينقضى الدين المكفول . ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحدت الزمة وانقضت الكفالة ، فإن التزام الكفيل ينقضى بحقه أصلية لأنه ورث الدائن فأصبح دائئاً لنفسه ، ولكن الدين المكفول لا ينقضى . فيستطيع الكفيل ، الذي أصبح دائئاً باتحاد الزمة ، أن يرجع على المدين بالدين ذاته كما كان يرجع الدائن قبل موته^(١) .

كذلك إذا مات المدين وورثه الكفيل ، أو مات الكفيل وورثه المدين ، فاتحدت الزمة في القانون الفرنسي بين المدين والكفيل ، استطاع من ورث الآخر أن يودى الدين للدائن باعتباره مدينأً أصلياً لا كفيلأً^(٢) ، ولكن التزامه ككفيل يبقى معتداً به ، فإذا كان للكفيل كفيل بنى التزام كفيل الكفيل قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضائه باتحاد الزمة . ويستطيع الدائن أن يرجع على كفيل الكفيل ، فإذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل ، من بنى منهما حياً وورث الآخر ، وقد تقدم بيان ذلك^(٣) .

٩٧ - انقضاء التزام الكفيل بالبراء : وإذا أبرأ الدائن الكفيل من

الكفالة ، برئت زمة هذا الأخير دون أن ينقضى الدين المكفول ، فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلي^(٤) . أما العكس فغير

(١) انظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٢) وتطلى صفة المدين الأصل على صفة الكفيل في العلاقة مع الدائن ، فلا يجوز الدفع بالتقسيم ولا بالتجريد ولا بإضاعة التأمينات (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٨٩ - وانظر أوبر ورو فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ - بلانيول وريبير

وساتانيه فقرة ١٥٥٦ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٩٠ .

صحيح ، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي دون أن يبرئ ذمة الكفيل ، وذلك لأن زوال الأصل يستتبع زوال التبعية (١) .

وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ، فلا تبرأ ذمة باقيهم . ونجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التي كفّلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين . كما نجوز مطالبة أي منهم بالدين بعد استئصال حصة الكفيل الذي أبرئ إذا كان الكفلاء متضامنين (٢) .

(١) وتنص المادة ١٢٨٨ مدني فرنسي على أن « ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستلزم من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلي وذمة الباقي من الكفلاء » . وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسي لهالفته للقواعد العامة ، إذ أن نية الطرفين ، الدائن والكفيل ، قد انصرفت في هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلاً لإبراء ذمته من الكفالة . وقد رضى الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفى الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي ، وقد انتهى به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فإخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الغرض الذي عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ - ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٩ - فقرة ٤٧١ - لوران ٢٨ فقرة ٣٧٤ - هيلك ٨ فقرة ١٤١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ - ص ٧٢٥) . ولم ينقل التتبعين المصري هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون الإبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصداً أن يفتدى الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بمد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من الدين . ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى استوفى هذا كل حقه من الدين . وإن قصداً أن يستلزم المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقي من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المتروك أن الدائن يأخذه المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين على المدين . إذ لو أراد استئصال المقابل من الدين ، لاستيق الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه (انظر الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ ص ٩٧٩ هامش ١) .

(٢) انظر تنقاً فقرة ٩٠ - وانظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٠ .

٩٨ - انقضاء التزام الكفيل بالتقادم : وقد يتقضى التزام الكفيل بالتقادم ، دون أن ينقضى الدين المكفول . وقد قدمنا^(١) أن الغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضى الدينان بالتقادم في وقت واحد . ولكن قد يحدث أن ينقضى التزام الكفيل بالتقادم ، وذلك دون أن ينقضى الدين الأصلي . وعند ذلك تنقضى الكفالة لانقضاء التزام الكفيل ، وإن كان التزام المدين الأصلي لا يزال باقياً . فإن انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي التزامه قائماً ، أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضى بالتقادم^(٢) وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، فيتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي . وفي مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية ، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين^(٣) .

وقد قدمنا^(١) أن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، في التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٠) ، بقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل^(٥) . ولذلك لا يتحقق في التقنين المدني الفرنسي أن يتقادم التزام الكفيل دون أن يتقادم الدين الأصلي عن طريق قطع سريان التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يقطعه بالنسبة إلى التزام الكفيل كما

(١) انظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٢) نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ - سليمان مرقس فقرة ١٤٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٢ - وإذا تقادم الدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل ، فإن التزام الكفيل لا ينقضى بصفة أصلية ، ولكنه ينقضى بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين الأصلي بالتقادم (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤ - سليمان مرقس فقرة ١٤٣ ص ١٥٨) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٥) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ .

سبق القول . ولذلك يتقدم التزام الكفيل ويتقدم الدين الأصلي في وقت واحد ، إذا بدأ سريان التقدم في وقت واحد بالنسبة إلى كليهما^(١) .

المطلب الثاني

أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها

٩٩ - أوجه تميز خاصة بالكفالة : وهناك أوجه ثلاثة قد تنقضي بها الكفالة بطريقتين أصلي ، دون أن ينتفى الدين المكفول . وهذه الأوجه ليست مجرد تطبيقات للتواعد العامة في انتضاء التزام الكفيل كما هي الحال فيما تقدم في المطلب الأول . بل هي أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .
وقد نص التمييز المدني على هذه الأوجه الثلاثة . وهي :

- (١) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن خطأه من الضمانات . وذلك دون أن ينتفى الدين الأصلي (م ٧٨٤ مدني) .
- (٢) براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين . وذلك أيضاً دون أن ينتفى الدين الأصلي (م ٧٨٥ مدني) .
- (٣) عدم تقدم الدائن في تنبئة المدين ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصاب هذا التأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن . وذلك مع بقاء الدين الأصلي قائماً (م ٧٨٦ مدني) .

(١) وقد تمتنع الكفالة دون أن ينتفى الدين الأصل لأسباب أخرى . من ذلك إذا عاق الكفيل كفالته على شرط استخدام المدين المبلغ الذي اقترضه ، والذي ضمه للكفيل ، لمصر معين ، فلم يستعمله المدين لهذا الغرض ، فإن الكفالة تزول ويبقى الدين الأصلي (أوبر ورو ٦ قارة ٤٢٩ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .

وقد يحل التزام الكفيل قبل أن يحل الدين الأصلي ، بأن ينشر إفلاس الكفيل قبل حلول الدين الأصلي ، وعندئذ يصبح التزام الكفيل مستحق الأداء حتى قبل موعده استحقاق الدين الأصلي ، والدائن أن يتقدم ضمن دائر الدائنين في تنبئة الكفيل . وفي ذلك تنص ٢/١٠٧١ لبناني عن « أن إعلان عدم ملاءة الكفيل يحل الدين مستحق الأداء عليه حتى قبل موعده استحقاق الدين الأصلي ، والدائن في هذه الحالة أن يطلب إدخاره في ديون جماعة الدائنين » .

وسرى أن التقنين المدنى السابق ، وقد اقتنى فى ذلك أثر التقنين المدنى الفرنسى ، كان يعالج الوجهين الأخيرين - براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين وعدم تقديم الدائن فى تلبية المدين - لا براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر ، بل رجوع الكفيل على المدين قبل أن يدفع المدين بدعوى يطلب فيها أن يؤثمه المدين بما يكفل رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين .

ونبحث فيما يلى هذه الأوجه الثلاثة الخاصة بالكفالة .

١ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه

الدائن بخطأه من الضمانات

١٠٠ - نص قانونى : تنص المادة ٧٨٤ مدنى على ما يأتى :

١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات .

٢ - ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين

ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون « (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٢٣/٥١٠ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٦ / ٢٠١ من المشروع التمهيدى على

وجه مطلق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٣

فى المشروع النهائى ، مع فقرتين أخريين . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥١ ، بعد

فصل الفقرتين الأخريين وجعلهما مادة مستقلة هى المادة التالية . ووافق مجلس الشيوخ على النص

بعد التعليل المتقدم الذكر ، تحت رقم ٧٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٣ -

ص ٤٧٨) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٦٢٣ / ٥١٠ : يبرأ الكفيل بقدر ما أضاعه للدائن بتقصيره

من التأييدات التى كانت له .

م ٧٥٠ - التقنين المدني الليبي م ٧٩٣ - التقنين المدني العراقي م ١٠٢٧ -
قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٨٩^(١) .

ولما كان النص يبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات
فإن الأمر يقتضي بحث المسائل الخمس الآتية : (١) الكفلاء الذين يحق
لهم التمسك ببراءة ذمتهم . (٢) الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل .
(٣) الخطأ الذي يرتكبه الدائن . (٤) الضمانات التي يضيعها الدائن بخطأه .
(٥) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل .

١٠١ - الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم : يحق له التمسك
ببراءة ذمته كل كفيل شخصي ، متضامن أو غير متضامن .
فالكفيل غير المتضامن يجوز له التمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن
خطأ بضيع التأمينات على الكفيل . ولا يستطيع الدائن أن يعتبر الكفيل غير
المتضامن مسئولاً ، فإن مسئوليته قد ارتفعت بالخطأ الذي ارتكبه الدائن .
وحتى لو كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإنه يستطيع أن يتمسك
ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه التأمينات ، فالقانون لا يميز
بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن في هذا الصدد^(٢) . فيستطيع إذن

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢٧ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٨٩ : تبرأ ذمة الكفيل إذا أصبح حله ، نزل الدائن

في الحقوق غير ممكن بسبب فعل من الدائن .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٦٨ - لوران ٢٨ فقرة ٣٠٤ - جيوار فقرة ٢٤٣ - أوبري ورو

٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ - بودر رغال فقرة ١١٨٨ - بلانيول و ريبير رسلقاتيه فقرة

١٥٥٨ - وانظر استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٧٦ ص ١٠٧ -

محكمة استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الترجمة ٢٨ رقم ٥٦ - ٢٤ مارس سنة =

الكفيل الاحتياطي (aval) والكفيل في شؤون الجمارك أن يتمسكا ببراءة ذمتها ، وكذلك يستطيع التمسك ببراءة الذمة الكفيل الذي نزل عن الدفع بالتجريد^(١) . وكذلك يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمة الكفيل العيني ، فهو كفيل ركز كفاله في عين معينة بالذات^(٢) .

ولكن لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمة الحائز للعقار ، وهو المشتري للعقار الذي رهنه المدين في الدين ، إذ أن هذا المشتري ليس بكفيل^(٣) .

= ١٩٣٢ الهامة ١٣ رنم ٧٥ ص ١٧٦ - عكس ذلك استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قصر الدائن المؤجر في توقيع الحجز الامتيازى على زراعة المساجر ، كان هذا تقصيرا منه في إضاعة التأمينات الخاصة بمرئ ذمة الكفيل ، ولكن لا تقصر فيما إذا جاء الدائن وحمل من الطريق الود على الاستفادة من هذا الامتياز ببيع المحصول بالتراضي مع المدين (استئناف مصر ٢٩ يونيو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رنم ٢٦٥ ص ٥٣٤) - وانظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٣ - ٢ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٨ - أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٨ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٠٤ - ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٩ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٤ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦ - ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٣٨ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ .

(١) بون ٢ فقرة ٣٦٧ - جيوار فقرة ٢٤٣ - بودر وقال فقرة ١١٨٨ ص ٦٢٤ .
(٢) أوبرى ورو ٩ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ - بودر وقال فقرة ١١٨٧ - بلانيول وريير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٨ ص ٢٢٠ - محمد دلي إمام فقرة ١١٦ ص ١٨٤ - جمال الدين زكى فقرة ٤٦ ص ٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٢ . وانظر عكس ذلك بون ٢ فقرة ٣٧١ - لوران ٢٨ فقرة ١٥١ - جيوار فقرة ٢٤٦ .

(٣) بون فقرة ٣٧٢ - جيوار فقرة ٢٤٧ - أوبر ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ - بوهدى وقال فقرة ١١٨٧ - بلانيول وريير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٨ ص ٢١٩ .

١٠٣ - الخطأ الذي يرتكبه الدائن : يجب أن يرتكب الدائن خطأ

يترتب عليه إضعاف التأمينات التي له^(١) ، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء^(٢) ، أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته^(٣) . كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان حقه^(٤) ، كأن يهمل في تجديد قيد الرهن الرسمي ، أو كأن يبيع بضمن بخس القيم التي أرتهها ضماناً لحقه^(٥) ، أو أن يتأخر في استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم^(٦) .

وبكون الدائن مسئولاً إذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن . كذلك يكون الدائن مسئولاً إذا هو أنقص من قيمة العقار ، بأن استأجره لمدة طويلة^(٧) .

(١) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ٤٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D.A. ١٩٤٢ - J. - ٤٩ - ٥ يونيو سنة ١٩٤٥ - ٤ . وانظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٠٦ .

(٢) جيوار فقرة ٢٨٨ .

(٣) جيوار فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٣٨ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٥٦٩ .

(٤) نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٢٥٥ - ١٨ مارس سنة ١٩٠٦ دالوز ٣ - ١ - ٣٤٥ - ديرانتون ١٨ فقرة ٣٨٢ - بون ٢٠ فقرة ٣٨٠ - فقرة ٣٨١ - لوران ٢٨ فقرة ٣١٠ - فقرة ٣٤٣ - بودري وقال فقرة ١١٧٦ ص ٦١٣ - أوبري ورو ٦ فقرة ٧٢٢ هامش ١٢ .

(٥) باريس ١٤ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت د تريبينو ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٤ .

(٦) جيوار فقرة ٢٣٨ - ديجون ١١ مارس سنة ١٨٨٦ منشور تحت حكم مكة للنقض الفرنسية في ٣ يناير سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٣٦ .

(٧) جيوار فقرة ٢٣٨ - بودري وقال فقرة ١١٧٨ - بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٠ .

ولا يكون الدائن مسئولاً عن الخطأ الذي يرتكبه الغير^(١) ، ولا عن الخطأ الذي يرتكبه الكفيل نفسه^(٢) . ولا يكون مسئولاً عن الخطأ الذي يرتكبه هو إذا اشترك الكفيل في هذا الخطأ^(٣) . كما لا يكون مسئولاً عن الخطأ الذي يرتكبه في إهماله الحصول على ضمان جديد^(٤) .

١٠٤ - الضمانات التي يضمنها الدائن بخطأه : أما الضمانات التي

يضمنها الدائن بخطأه . فقد كان هناك رأى يقصرها على التأمينات الاتفاقية ، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي . ولكن الرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الامتياز وقد ورد النص صريحاً فى هذا المعنى^(٥) . وحتى لو كان تأميناً قضائياً كحق الاختصاص^(٦) .

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التأمينات التي

(١) جيوار فقرة ٢٣٧ .

(٢) هيك ١٢ فقرة ٢٥١ - جيوار فقرة ٢٣٧ - بودرى وقال فقرة ١١٧٧ .

(٣) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٢ - بودرى وقال فقرة ١١٧٧ ص ٩١٧ -

محمد كامل مرسى فقرة ٧١ ص ٩٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ - استئناف نسط

٢٧ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٢ - وانظر عكس ذلك سليمان مرسى فقرة ٧٠ ص

٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٧ - وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لما كان

الخطأ مشتركاً بين الكفيل والدائن ، فإن الكفيل يتخلف من بعض التزامه (لوران ٢٨ فقرة

٣١٢ وقرة ٣١٤ - جيوار فقرة ٢٣٧ - وهذا ما كان يذهب إليه بودرى وقال فى

الطبقات السابقة) .

(٤) أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١ - بودرى وقال فقرة ١١٧٩ - پلانيول

وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ - پلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٩٨٠ -

چوسران ٢ فقرة ١٤٩١ .

(٥) انظر المادة ٧٨٤/٢ مدنى آنفا فقرة ١٠٠ .

(٦) بل يدخل أيضاً الحق فى الحبس (نقص فرنسى ٨ يوليه ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ -

١ - ٢٤١ - بودرى وقال فقرة ١٧٧٦) ، وحق الدائن فى الفسخ (پلانيول وريبير

وسافاتييه فقرة ١٥٥٩) .

توجد بعد قيام الكفالة . فذهب رأى إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ، ولا تدخل إلا التأمينات التي كانت موجودة عند قيام الكفالة^(١) . ولكن الرأى الذى تغلب ، والذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الحديد صراحة^(٢) ، هو أن جميع التأمينات تدخل ، سواء ما وجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة^(٣) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولما كان قد ثار نزاع فى العمل بشأن تحديد الضمانات التي يترتب على ضياعها خطأ الدائن إبراء الكفيل ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقي كالرهن التأميني أو الحيازي (انظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٨ - ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠) . ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين : حتى لو كان تأميناً قانونياً (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥) . كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة ، وهل يشملها النص . وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع ، فلا يترتب على ضياعها خطأ الدائن إبراء الكفيل (استئناف أهلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٥١ - استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٦ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦) . ولكن يعاب على

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٤٢٩ هاش ١٥ - بلانيول وريبير وساقانييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ - نقض فرنسى ٨ يولييه سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٤١ .

(٢) انظر المادة ٢/٧٨٤ مدنى آنفا فقرة ١٠٠ .

(٣) بودرى وقال فقرة ١١٧٩ - نقض مدنى ٢٣ يولييه سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ -

هذا الرأي أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتعبدية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن في التأمينات التي تقرر بعد الكفالة وضياعها بخطأه بخبره من ذلك الحلول . وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف . بأن قرر في الفترة الثانية أن الضمانات المقصودة في هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون ^(١) .

١٠٥ - الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل : وحتى نبرأ ذمة الكفيل ، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ، وأن يتسك ببراءة ذمته . وألا يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن .

فيجب ، أولا ، أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ^(٢) . فلا يجوز للكفيل أن يتسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة بحيث لا يسعته أصلا في تقاضي حقه ^(٣) . أو نزل عن كفيل في نظير أن يحل محله كفيل آخر بمائله في اليسار ^(٤) . كذلك لا يجوز للكفيل أن

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ٧٤ : - ص ٧٥ : - فإذا كان الدين المكفول ليس مضمونا بغير الكفالة ، لم يثبت التسك بإساعة التأمينات للكفيل ، حتى لو تجاوز الدائن فأسر المدين ، أو قصر الدائن في الطل في تصرفات المدين بعدم تعاظم في حقه . أما إذا كان الدين المكفول مضمونا أيضا بتأمين خاص ، شخصي أو عني ، اتفاقي أو تعاقبي أو قانوني ، مقرر على مال المدين أو على مال غيره كالكفيل العيني والحائز للتمتع ، ثابت وقت نشوء الدين المكفول أو وقت الكفالة أو بعد ذلك ، وأضاع الدائن بخطأه هذا التأمين ، فإن الكفيل تبرأ فته بمقداره (استئناف . صدر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ٧ رقم ٣٣٧ ص ٤٧٤ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ ١ ١٣٠٠ رقم ٧٥ ص ١٧٦ : قصر المؤجر في توقيع الحجر لتخلف على المحصولات - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦) .

(٢) ٢ يونيو ٢٧٤ فقرة ٣٧٦ - لوران ٢٨ فقرة ٣٠٦ وما بعدها - جيوار فقرة ٢٠٤ - بوي وفيل فقرة ١٨٨١ - بلانيول وريبير وسافانيه فقرة ١٥٦١ - نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٧١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٤٠ - ليون كان في تعليقه في سيريه ٩٦ - ١ - ٦٥ .

(٤) شامبري ١٥ يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ٣٤١ .

يطلب براءة ذمته ، إذا رضى الدائن ببيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ، ولو بيعت هذه الأشياء دون اتباع الإجراءات التي رسمها القانون^(١) . ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذي أصابه من عمل الدائن ضرر محقق ، وليس مجرد ضرر محتمل^(٢) . ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر ، فلو كان للدائن رهنان رسميان على منزلين قيمة كل منهما ١٠٠٠ جنيه ، وكان حقه يبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، ونزل الدائن عن رهنه على أحد هذين المنزلين ، فالكفيل لم يصبه من الضرر إلا مقدار النصف ، فيطلب براءة ذمته بهذا المقدار فحسب^(٣) . والكفيل هو الذي يثبت مقدار ما أصابه من ضرر بعمل الدائن . لأنه هو الذي يطلب براءة ذمته فعليه أن يثبت ما يبرر ذلك^(٤) .

ويجب ، ثانياً ، أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته . فلا يعطى الحق في براءة الذمة إلا إذا طالب ذلك^(٥) . ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته . إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة^(٦) ، أو بدعوى يرفعها هو على الدائن^(٧) . ولكن يجوز ، إذا رفع الدائن عليه

(١) - نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٩ - جيوار نقرة

٢٤٨ - بودرى وقال فقرة ١٨٨٥ .

(٢) - لبون كان في تعليقه في سيريه ٩٦ - ١ - ٦٥ .

(٣) - ترولون فقرة ٥٧٢ - بون ٢ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٥ - لوران ٢٨ فقرة

٣٠٦ - أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٧ - بودرى وقال فقرة ١١٨٢ - پلانيول

وربيير وسافاتييه فقرة ١٥٦١ ص ١٠٠٩ - نقض فرنسي ١٣ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ - ٤٢٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D. S. ١٩٤٢ - ٤٩ .

(٤) - زاننى أول أبريل سنة ١٩٠٥ - ١٦٧ - بودرى وقال فقرة ١١٨٤ - عكس ذلك

عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٣ .

(٥) - جيوار فقرة ٢٤٢ - بودرى وقال فقرة ١١٨٠ .

(٦) - بودرى وقال فقرة ١١٨٠ پلانيول وربيري وسافاتييه فقرة ١٥٦٢ ص ١٠١٠ .

(٧) - Labbé في سيريه ٧٣ - ٢ - ١٩٤ - جيوار فقرة ٢٤٢ - محمد كامل مرسى

فقرة ٧٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٣ .

الدعوى . أن يتمسك ببراءة ذمته في أى وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن المتمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل (١) .

ونجب ، ثالثاً . ألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أى على عدم حلول الكفيل محل الدائن . فإذا وجد هذا الاتفاق ، امتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يخل محل الدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات (٢) .

§ ٢ - براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن

في اتخاذ الإجراءات ضد المدين

١٠٦ - نهر قانونى : تنص المادة ٧٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ - لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها » .

« ٢ - على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إندار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » (٣) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٩٢ - نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ٥٢ .

(٢) Labbé في تعليقه في سيريه ٨٧ - ١ - ٥ - بودرى وقال فقرة ١١٨٦ وانظر أيضاً فقرة ١١١٨ مكررة .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٦ / ٣ و ٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ٣ - ولا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، إلا إذا ترتب على خطأه ضرر للكفيل وبقدر هذا الضرر » . « ٤ - على أنه تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، في خلال ستة أشهر من إندار الكفيل له » . وفي نسخة المراجعة أضيفت عبارة « ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠٣ / ١١٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

م ٧٥١ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٩٤ - وفي التقنين المدني العراقي

م ١٠٣٦ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٩ (٢) .

في آخر الفقرة الرابعة وذلك استيفاء لحكم هذه الفقرة ، لأن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا في الحالة التي يترتب على تأخير الدائن في اتخاذ الإجراءات فيها ضياع حق الكفيل في الرجوع على المدين أو انتقاصه ، وتقديم المدين ضماناً للكفيل ينتج عنه الضرر الذي يلحق الكفيل من إهمال الدائن في هذه الحالة ، وأصبح رقم المادة ٨٥٣ في المشروع النهائي : وفي مجلس النواب جمعت الفقرتان ١ و ٢ مادة مستقلة تحت رقم ٨٥١ (وهي المادة السابقة) ، وجمعت الفقرتان ٣ و ٤ مادة مستقلة أخرى تحت رقم ٨٥٢ (وهي هذه المادة) . وفي لجنة مجلس الشيوخ أخذ بالتعديل الذي أقره مجلس النواب ، إلا أنه حذف من نهاية للفقرة الأولى عبارة « إلا إذا تترتب على خطأ ضرر وبقدر هذا الضرر » لأن في القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ما يفنى من الممنى الذي قصدت هذه العبارة إلى استظهاره ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٧٨٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأهرال للتصيرية ص ٢٧٨ - ص ٢٨١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٥٠٣ / ٩١٢ : للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول

الأجل ، ولو منع رب الدين المدين أجلاً جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٥١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٣٦ : ١ - يجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء

المدين به أن يطالب المدين بتخليص ذمة من الكفالة ، أو بأن يقدم له ضماناً . ويبقى له هذا

الحق حتى لو منح الدائن للمدين مهلة دون رضاه الكفيل . ويكون للكفيل أيضاً هذا الحق قبل

حلول الدين إذا أفلس المدين أو أصر . ٢ - ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم

مطالبة الدائن به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الإجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة

لا تقل عن شهر ، فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٩ : يحق للكفيل ، لكي يبرأ من الدين ، أن

يدعى الدائن إذا تأخر عن المطالبة بتنفيذ الموجب الذي أصبح مستحق الأداء .

ويفترض التقنين هنا أن الدين المكفول قد حل ، وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر في اتخاذها . فنص على حق الكفيل في هذه الحالة في أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات ، فإذا لم يتخذها في خلال ستة أشهر من وقت الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة - وكان التقنين المدني السابق يجعل للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول الأجل ، إذا منح الدائن للمدين أجلاً جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة . ويبدو أن التقنين المدني الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلاً جديداً ، بل أعطى للكفيل الحق في إنذار الدائن في أن يطالب المدين بدينه ، فإذا لم يفعل ذلك في خلال ستة أشهر من وقت إنذار الكفيل إياه برئت ذمة الكفيل ، وذلك ما لم يعطه المدين ضماناً كافياً . فنبحث ما يتضمنه هذا الموضوع من مسائل .

١٠٧ - نبراً ذمة الكفيل لمصرم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ :

إذا حل الدين المكفول ، كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتخذها ، أو تأخر في اتخاذها ، لم نبراً ذمة الكفيل لذلك ، بل يبقى ملتزماً بالكفالة . ذلك لأن الكفيل ، إذا هو وفى الدين للدائن عند حلول الأجل ، الرجوع على المدين ، حتى لو مد الدائن الأجل للمدين دون رضا الكفيل .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧٨٥ مدنى سألقة الذكر تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا إذا ترتب على خطئه (خطأ الدائن) ضرر للكفيل ، ويقدر هذا الضرر » . وقد طلب أحد الأعضاء حذف الفقرة الأولى ، لأنه سيجرب عليها إشكالات كثيرة في العمل ، ويجب ترك تقديرها للقضاء لا لنص تشريعى . فأجابت الحكومة « بأن هذا النص تقنين لما استقر عليه القضاء في مصر في هذا الموضوع ، بعد أن تردد كثيراً في أول الأمر في تقريره ، بسبب وجود خفاء فيما إذا كان التأخر في اتخاذ

إجراءات تحفظية أو تنفيذية . يمكن أن يعتبر خطأ تطبيقاً لقواعد المسؤولية التصيرية . ثم اتجه الرأي أخيراً في لجنة مجلس الشيوخ إلى استبقاء الفقرة ، مع حذف العبارة الأخيرة الواردة فيها وهي « إلا إذا ترتب على خطأه ضرر للكفيل . ويقدر هذا الضرر » . وقد قررت أغلبية اللجنة حذف العبارة المذكورة . لأن في القواعد العامة في المسؤولية التصيرية ما يغني عن المعنى الذي قصدت هذه العبارة إلى استظهاره .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذه الفقرة الأولى ما يأتى : « الفقرة الأولى اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى ، وهي تقرر في جزئها الأول حكماً مجمعاً عليه ، وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ، أو لمجرد أنه لم يتخذها . لأن الكفيل الحق في الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل ، حتى لو مد الدائن الأجل له . على أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز ما لمدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات في خزانة المحكمة . أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك التقدم في التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال في القيام بإجراء معين أو إبراز مستند ما ، لا يترتب عليها ضياع التأمينات . ولكنها مع ذلك تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه . كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسؤولية ، ما دام قد ترتب عليها ضرر للكفيل . والتقنين الحالى (السابق) لم يتعرض لذلك ، ولكن بعض التقنيات الحديثة أوردت نصاً في هذا الصدد (انظر مثلاً التقنين الألمانى م ٧٦٦) . والمشروع : قياساً على هذه التقنيات ، أورد هذه الفقرة مقتبساً

حكمها من القضاء المصرى : راجع استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ « (١) » .

١٠٨ - وجوب إنذار الكفيل للمدعى : ولكن الكفيل ، إذا أراد اتخاذ الاحتياطات اللازمة . وجب عليه أن ينذر الدائن ليتخذ هذا الإجراءات الواجبة قانوناً عند حلول الدين ضد المدين . وذلك طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى سالفه الذكر . وهذه الفقرة استمدتها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الإبطالى . ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الالتزامات السويسرى . ومن المادة ٦٣٧ من تقنين الالتزامات البوارونى (٢) . ولا يتخذ الكفيل هذا الاحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول ، أو فى أى وقت بعد حلول هذا الأجل . ذلك لأن الإنذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ، ولا يمكن اتخاذ هذه الإجراءات إلا عند حلول أجل الدين .

والعبرة بحلول الأجل الأصلى للدين المكفول . فإذا حل هذا الأجل ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٩ - وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ بمجموعة القواعد التافونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الثانى ص ٩٣٧ رقم ٦ .

(٢) المشروع الفرنسى الإبطالى م ٧٣٩ : يبنى الكفيل ملتزماً حتى بعد حلول أجل الالتزام الأصل ، بشرط أن يكون الدائن قد اتخذ الإجراءات ضد المدين فى خلال شهرين من وقت هذا الحلول واستمر فيها بمنايا . ويطبق هذا النص حتى فى حالة ما إذا حدد الكفيل صراحة أجل كفالاته بنفس أجل الالتزام الأصل .

تقنين الالتزامات السويسرى م ٥٠٢ : يبرأ الكفيل الذى لم يلتزم إلا لأجل محدد إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية التى يخولها له القانون فى خلال الأربعة الأسابيع لانقضاء هذا الأجل ، وإذا لم يستمر فى هذه الإجراءات بدون انقطاع جسيم .

تقنين الالتزامات البولونى م ٦٣٧ : يتقادم التزام الكفيل بمضى سنة من تاريخ استحقاق الدين المضمون ، ولا تسر هذه القاعدة على الكفيل الذى التزم بصفة كفيل متضامن أو الذى التزم بالكفالة فى مقابل جمل .

جاز للكفيل إنذار الدائن ، حتى لو أن الدائن مد للمدين في الأجل المحدد أصلاً . فالكفيل لا يلتزم باحترام هذا المد إلا إذا كان قد ارتضاه ، فإذا لم يرتضه جاز له أن يتدر الدائن عند حلول الأجل الأصلي بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً نحو مطالبة المدين بالمدين^(١) .

والمدة التي تسبق هذا الإنذار لا يعتد بها . فما دام الكفيل لم ينذر الكفيل باتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً فليس على الدائن اتخاذ هذه الإجراءات ، مع مراعاة ألا يسقط حق الدائن .

١٠٩ - ما الذي ينرب على أنذار الكفيل للدائن : تقول الفقرة

الثانية من المادة ٧٨٥ مدني ما يأتي : « على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يتم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً » . فيجب إذن ، إذا أنذر الكفيل الدائن ، أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين ، أو أن يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً في حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين .

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين ، وسار في اتخاذها بعناية اللازمة كان هذا كافياً ، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى المدين بطالبه فيها بالمدين ، إذا كان سند الدين عرفياً . أما إذا كان السند تنفيذياً ، حكماً كان أو ورقة رسمية ، فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين^(٢) .

فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين في خلال الستة أشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة . وبذلك ينقضي عقد الكفالة بطريق أصلي ، دون أن ينقضي الدين المكفول .

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

على أنه يجوز للمدين ، قبل انقضاء السنة الأشهر سائلة الذكر ، أن يقدم للكفيل ضماناً كافياً لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن . ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ، عند المنازعة . ما إذا كان الضمان الذى يقدمه المدين للكفيل ضماناً كافياً . فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافى . وصل الكفيل إلى ما يبتغيه ، وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين . وإذا دفع المدين الدين للدائن ، وقف الأمر عند هذا الحد . وبرت ذمة المدين . وبرت ذمة الكفيل تبعاً لذلك . أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ، ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين . كان لدى الكفيل الضمان الكافى الذى قدمه المدين ، فيدفع الدين للدائن ، ويستوفيه من هذا الضمان .

§ ٣ - عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين

١١٠ - نص قانونى : تنص المادة ٧٨٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة . الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٠٣ / ٦١٤ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٥٠٣ / ٦١٤ : ... وله (للكفيل) أيضاً مطالبة المدين

بالدين إذا أفلس قبل حلول أجل الدين المكفول به .

م ٧٥٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٧٩٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٢٨ - وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٣^(١) .

وظاهر أن للكفيل . في التقنين المدني السابق . حق مطالبة المدين بالدين أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول (م ٥٠٣ / ٦١٤) . أما في التقنين المدني الحالي . فليس للكفيل أن يرجع على المدين . فنظر الآن ماذا يكون الحكم لو أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول . ثم نظر بعد ذلك ماذا يكون الحكم لو أعسر المدين .

١١١ - إفلس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول : تعرض المادة ٧٨٦ مدني^(٢) . لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول . فتنص على أنه يجب على الدائن في هذه الحالة أن يتقدم بحقه في تغطية المدين ، ويتقاضى من هذه التغطية المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق . فإذا لم يفعل ، فلم يصيبه من تغطية المدين شيء . وأراد الرجوع على الكفيل . سقط من حقه في الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه في تغطية المدين . وقد اقتبست المادة ٧٨٦ مدني . وهي التي تقرر هذا الحكم ، من كل من المادة ٥١١ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦٤٣ من تقنين الالتزامات البولوني^(٣) . ولم يكن الكفيل يستطيع أن يتقدم ، في

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٥٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٢٨ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مراعاة

المدينون الأصل : (١) . . . (٢) إذا أصبح المدين الأصلي في حالة إعسار مشهور أو أعلن حجزه (٣) . . .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١١٠ .

(٣) تقنين الالتزامات السويسري م ٥١١ : إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن =

التقنين المدنى الجديد . فى تفليسة المدين إلا إذا دفع للدائن حقه . فلم يبق إذن إلا أنه يتقدم الدائن نفسه بحقه فى تفليسة المدين ، ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه . ثم يرجع بالباقي على الكفيل . فإذا لم يفعل الدائن ذلك كان مقصراً ، وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره . فلا يرجع على الكفيل إلا بالباقي من حقه ، بعد خصم ما كان يحصل عليه لو أنه تقدم فى تفليسة المدين . ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يطلب استئصال ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين : سواء كان ذلك فى صورة الدعوى أو فى صورة الدفع . فلا يبرأ الكفيل بقوة القانون من هذا المقدار ، بل لا بد له من الطلب^(١) .

ويبدو أن هذا هو الحكم أيضاً . فيما إذا أعسر المدين . فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ، ثم يرجع بالباقي له على الكفيل . وإذا كانت المادة ٧٨٦ مدنى لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين ، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب . وإلا كان الدائن مسئولاً عن ذلك نحو الكفيل^(٢) .

— يتقدم بدينه فى التفليسة ، ووجب عليه كذلك إخطار الكفيل بالإفلاس بمجرد علمه . وإذا لم يفعل الدائن ذلك ، فقد حقه قبل الكفيل بقدر ما نال هذا من ضرر من جراء هذا الإهمال .
تقنين الالتزامات البولونى م ٦٤٢ : يضمن الدائن الذى لم يتقدم فى تفليسة المدين الضرر الحاصل من جراء ذلك للكفيل :

(١) انظر فى ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ ص ٢٣٧ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٤٩

ص ٥٥ .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو نص المادة ١١٤٢ ، وقد كان يقضى بما يأتى :
« الكفيل ، حتى قبل أن يقوم بالوفاء ، أن يطالب المدين بتأمينه فى الحالات الآتية : أولاً -
إذا طُلب قضائياً بالوفاء . ثانياً - إذا أفلس المدين أو صفت أمواله أو كان فى حالة إعسار . -

٣ ثالثاً - إذا كان المدين قد تعهد بإبراء الكفيل في وقت معين . رابعاً - إذا أصبح الدين مستحقاً بحلول الأجل المتفق عليه ، ولو قبل الدائن صراحة مد الأجل . خامساً - بانتهاء خمس سنين إذا لم يكن للالتزام الأصلي أجل محدد ؛ ما لم يكن هذا الالتزام بحسب طبيعته مما لا يسقط قبل وقت معين كالتزام الوصي . وانظر المادة ٥٠٣ / ٦١٣ - ٦١٤ من التقنين المدني السابق .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

٥ تطابق المادة ١١٤٣ المادة ٧٣٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع إضافة يسيرة وردت بآخر الفقرة الرابعة . ويقابلها في التقنين الحالي (السابق) المادة ٥٠٣ / ٦١٣ - ٦١٤ . على أن نص المشروع أفضل من نص التقنين الحالي (السابق) ، فهو لم يقصر حق الكفيل الذي لم يوف المدين بعد ، في الرجوع على المدين ، على حالتي الإفلاس وامتداد الأجل ، بل أعطاه هذا الحق أيضاً في حالة مطالبته بالوفاء أمام القضاء ، وكذلك في حالة وجود اتفاق بينه وبين المدين على إبرائه من الكفالة في وقت معين ، وأيضاً بعد مضي خمس سنين إذا لم يكن الالتزام الأصلي ذا أجل محدد كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع والإبراء لمدة الحياة لأن الالتزام فيهما لا ينقضي قبل وفاة المنتفع أو صاحب الإبراء . وسبب النص في هذه الحالة الأخيرة هو أن الكفيل يقدم خدمة للمدين ، فيجب ألا يبقى مائزماً بدون تحديد مدة معينة ، بل يجب عدالة تحديد مياد لالتزامه . ومن المتفق عليه أن عبارة « التأمين » الواردة بصدر المادة بقصد بها أن المدين إما أن يعمل على إبراء الكفيل من الكفالة ، أو أن يقدم له تأمينات كرهه أو كفالة جديدة تضمن له رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين ، أو أن يودع في خزانة المحكمة مبالغاً كافياً لضمان الدين (انظر استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٨ رقم ٨٠ - أسبوط ٩ مارس سنة ١٩١٨ ج ١ و ١٩ ص ١١٣ رقم ٨٠) - وقد تليت المادة ١١٤٣ في لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها لعدم الموافقة على حكمها . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ - ص ٤٩١ في الهامش .

القسم الثاني

التأمينات العينية

تمهيد^(*)

١١٢ - كيف تقدم الدائن ذو التأمين العيني على الدائن العادي : رأينا^(١) أن الدائن قد يكون له تأمينات خاصة، وهي نوعان شخصية وعينية . والذي يعنينا هنا هو التأمينات العينية . لا التأمينات الشخصية . فالتأمينات

(٥) مراجع : ترولون (Troplong) في حقوق الامتياز والرهن الرسمى ٤ أجزاء الطبعة الخامسة سنة ١٨٥٤ - بون في حقوق الامتياز والرهن الرسمى سنة ١٨٥٩ - Thézard في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمى سنة ١٨٨٠ - جوار في حقوق الامتياز والرهن الرسمى ٤ أجزاء سنة ١٨٩٦ - ١٨٩٩ - بيهان في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٠٢ - بودرى ولوان في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمى ونزع الملكية الجبرى الطبعة الثالثة ٣ أجزاء سنة ١٩٠٧ والنكلة بقلم بنكاز - André في نظام الرهن الرسمى الطبعة الثالثة سنة ١٩١٥ - أوبرى ورو وبارثان الجزء الثالث الطبعة السادسة سنة ١٩٢٨ - بيدان ولبرييور هيجونير وفواران في التأمينات الشخصية والعينية الجزءان الثالث عشر والرابع عشر سنة ١٩٤٨ - بلانول وويبير وبيكيه الطبعة الثانية الجزءان الثاني عشر والثالث عشر سنة ١٩٥٢ - بلانول وريبير وبولانجه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان ودى لاموراندير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ - جوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٢٢ - مازو الجزء الثالث - دى باج في القانون المدنى الباجيكي الجزء السابع سنة ١٩ - أنسكيلويدي دالوز .

عبد السلام نفى في التأمينات العينية سنة ١٩٢٦ - عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ - محمد كامل مرسى في الحقوق العينية النجبة أو التأمينات العينية سنة ١٩٥١ - شفيق شعاع في النظرية العامة للتأمين المبنى سنة ١٩٥٢ - محمود جمال الدين زكى في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ - محمد على إمام في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٨ - شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات سنة ١٩٥٩ - سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥٩ - منصور مصطفى منصور في التأمينات العينية سنة ١٩٦٢ - أحمد سلامة في الرهن الرسمى سنة ١٩٦٢ - سمير تناغور في التأمينات العينية سنة ١٩٦٧ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣ .

العينية تجعل الدائن الذى يمنع بها يتقدم على الدائن العادى ، بأن يتقاضى حقه من هذه التأمينات متقدماً فى ذلك على الدائن العادى . والدائن ذو التأمينات العينية ليس له فحسب حق التقدم (droit de préférence) ، بل له أيضاً حق التبع (droit de suite) ، فإذا باع مالك التأمين العينى مثلاً هذا التأمين كان للدائن أن يتبعه فى يد من يشتره ، وينفذ عليه بحقه .

وقد ظهرت التأمينات العينية متأخرة عن التأمينات الشخصية كما سبق القول (١) . فلما ظهرت ، كان لا بد من تنظيمها قانوناً . وكان هناك نوعان من التأمينات العينية ، نوع يقوم على الحيازة ونوع لا يقوم عليها . فالنوع الذى يقوم على الحيازة كان ينقل حيازة التأمين العينى إلى يد الدائن ، ويبقى هذا الدائن الحائز مرتباً للعين إلى أن يحل الدين ، فلما أن يستوفيه من المدين أو أن يبيع التأمين العينى طبقاً للإجراءات التى منها القانون ليستوفى الدين من ثمنه . أما النوع الآخر فكان لا يقوم على الحيازة ، ويبقى التأمين العينى فى يد المدين إلى أن يحل الدين ، فيستوفى الدائن دينه من المدين أو يبيع التأمين العينى طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفى الدين من ثمنه . وكان كل من النوعين يتناول العقار والمنقول ، ثم أخذ النوع الثانى وهو يمثل فى الرهن الرسمى يقتصر على العقار وحده ، فى حين أن النوع الأولبقى يتناول العقار والمنقول .

وكان القانون الرومانى يجعل كلا من الرهن الحيازى والرهن الرسمى يتناول العقار والمنقول ، وسار القانون الفرنسى القديم على هذا النحو إلى القرن السادس عشر . ومنذ ذلك الوقت ، ثم فى التقنين المبنى الفرنسى نفسه ، أخذ الرهن الرسمى يقتصر على العقار وحده كما سبق القول ، وأخذ رهن المنقول حيازة (gage) يقتصر على المنقول . ولكن الرهن الحيازى ظل يشمل كلا من العقار والمنقول تحت اسم nantissement فى التقنين

(١) انظر آنفاً فقرة ٦ .

المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ ، فاذا كان الشئ المرهون منقولاً سمي الرهن
gage ، وإذا كان عقاراً سمي الرهن antichrèse .

والى جانب الرهن ، رهنأ رسمياً كان أو رهنأ حيازياً ، وجد أيضاً فى
التأمينات حقوق الامتياز (privilège) . وهذه الحقوق يولها القانون
للدائن على مجموع أموال المدين من منقولات وعقارات وعقارات ،
أو على منقول معين بالذات ، أو على عقار معين بالذات .

وحيث يوجد للدائن تأمين عيى ، رهن أو امتياز ، فإنه يتقدم فى
هذا التأمين على سائر الدائنين العاديين ، بل ويتقدم على الدائنين الذين
لم حق متأخر على هذا التأمين .

١١٣ — الفروق ما بين الرهون وهفوق الامتياز : وهناك فروق جوهرية
ما بين الرهون وحقوق الامتياز . فحقوق الامتياز لا يمنحها إلا القانون ،
ولا يستطيع الاتفاق أو القضاء أن يمنح حق امتياز للدائن على مال مدينه .
وتوجد حقوق امتياز عامة يمنحها القانون على جميع أموال المدين من منقول
وعقار ، كما توجد حقوق امتياز خاصة على منقول أو على عقار
بالذات مملوك للمدين . أما الرهون ، فالأصل فيها أن يمنحها الاتفاق
ما بين الدائن والمدين . ويشمل ذلك الرهن الرسمى والرهن الحيازى ،
فالرهنان يترتان عادة على اتفاق ما بين الدائن والمدين ، ويكون الرهن
الرسمى مقصوراً على العقار ، أما الرهن الحيازى فيشمل العقار والمنقول .
ولكن هناك رهنأ رسمياً يترتب على حكم من القضاء فى التقنين المدنى المصرى
وهذا هو حق الاختصاص ، كما أن هناك رهنأ رسمياً يترتب على القانون
ورهنأ رسمياً يترتب على القضاء فى التقنين المدنى الفرنسى .

والفروق الجوهرية ما بين الرهون وحقوق الامتياز ثلاثة :

(الفرق الأول) حقوق الامتياز يولها القانون للديون فى ذاتها بقطع

النظر عن دائئها ، فالقانون يولى الدين حق امتياز فيجعله متقدماً على سائر الديون لخاصية يتمتع بها هذا الدين . أما الرهون ، سواء أنشأها الاتفاق كما هو الغالب أو القانون في فرنسا أو القضاء في مصر ، فتُعطى للدائن للمدين . فيكون الدائن هو الذى أرادها أياً كانت ، وقد يحل محل الدائن القانون أو القضاء لأسباب خاصة ، ولكنها على كل حال ميزة تُعطى للدائن لا للمدين (١) .

(الفرق الثانى) إذا تقدم دائنون بحقوق امتياز مختلفة ، فضل منهم من أعطى له القانون حق التقدم على غيره من الدائنين ذوى حقوق الامتياز الأخرى ، فالعبرة إذن بما يقدمه القانون وما يؤخره من حقوق الامتياز المختلفة . فإن كان الدائنون ذوى حقوق امتياز من نوع واحد ، بحيث لا يتقدم منهم دائن على آخر ، اشتركوا جميعاً فى تقاضى حقوقهم من هذا التأمين المبنى . فان اتسع لهم جميعاً أخذ كل منهم حقه ، وإلا تقاسموا التأمين المبنى بنسبة ما لهم من حقوق . أما الدائنون المرتهنون ، فيتقدم أحدهم على الآخرين تبعاً للتاريخ الذى قيد فيه حقه (٢) .

(الفرق الثالث) إذا تقدم دائنون ذوى امتياز ودائنون مرتهنون ، فإن الدائنين ذوى الامتياز يتقدمون على الدائنين المرتهنين (٣) . ويشترط أن يكون الدائنون جميعاً دائنين لمدين واحد ، لا أن يكونوا دائنين لمدينين

(١) نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٥ - ٢٠ برته
سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٨٦ - ١٣ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الألبومى ١٩٣١ -
١٢٩ - ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٧ - ١ - ٣٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٦٨
وهامش ٢ وهامش ٥ - بودرى ودى لوان ١ فقرة ٣٠٠ - ٣٠١ فقرة ٣٠٦ - كولان وكايتان
ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٤٨٥ - ١٤٨٦ - بلانيول وريير وبولانچيه ٢ فقرة ٢٥٤٤
وفقرة ٣٣٠١ . بلانيول وريير وبيكيه ١٢ ص ٦ - ص ٧ .

(٢) بلانيول وريير وبيكيه ١٢ ص ٨ .

(٣) بلانيول وريير وبيكيه ١٢ ص ٧ - ص ٨ .

مختلفين^(١) ، وأن يكون الشيء المرهون منشولاً لأن التقدم في العقار يكون بحسب تاريخ القيد كما سنرى .

١١٤ - ظهور الرهون الرسمية على المنقولات : وقد ظهرت أخيراً رهون رسمية على المنقولات ، ترتب عليها أن تنقل حيازة المنقولات إلى الدائن المرتهن ، فصارت رهوناً رسمية لا رهون حيازة . وهذه الرهون ثلاثة : (١) رهن رسمي بحرى (hypothèque maritime) ، وهو رهن يترتب على السفينة البحرية ، بحيث تبقى هذه السفينة في حيازة مالكيها ويكون للدائن المرتهن حق رهن عليها بمثل الرهن الرسمي . (٢) رهن رسمي نهري (hypothèque fluviale) ، وهو رهن يترتب على السفينة النهرية ، فتبقى هذه السفينة في حيازة مالكيها ، ولا يكون للدائن إلا حق رهن رسمي عليها . (٣) رهن رسمي على الطائرات (hypothèque des aéronefs) ، وهو رهن يترتب على الطائرة . فتبقى الطائرة في حيازة مالكيها ، ويكون للدائن حق رهن عليها هو حق رهن رسمي .

فلم يعد صحيحاً إذن أن الرهن الرسمي لا يترتب إلا على العقارات ، ما دام يترتب كما رأينا على السفن البحرية والسفن النهرية والطائرات . كذلك أصبح غير مفهوم لماذا يترتب على هذه المنقولات رهن حيازة ، ثم يترتب عليها رهن رسمي ، فتبقى في الرهن الرسمي في حيازة مالكيها في حين أن حيازتها تنتقل إلى الدائن المرتهن في رهن الحيازة^(٢) .

١١٥ - التأمين العينية في التقنين المصري : ويعرف التقنين

(١) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٧٨٧ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ فقرة

١٦٤٧ - بلانيول وريبير ويكبه ١٢ فقرة ١٠٢٦ .

(٢) بلانيول وريبير ويكبه ١٢ ص ١٢ - ص ١٤ .

المدنى المصرى أربعة تأمينات عينيه ، جمعها معاً فى الكتاب الرابع ، تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

وهذه التأمينات العينية الأربعة هى : (١) الرهن الرسمى ، وهو أوسع رهون انتشاراً وأكبرها خطراً . (٢) حق الاختصاص ، وهو رهن رسمى يترتب على عقار مملوك للمدين ، لا بموجب اتفاق بينه وبين الدائن كما فى الرهن الرسمى ، بل بموجب طلب يتقدم به الدائن إلى القضاء ، فيحصل منه على أمر بالاختصاص . (٣) الرهن الحيازى ، وهو رهن واسع الانتشار فى البيئات الزراعية ، وقد قدر له البقاء إلى جانب الرهن الرسمى . وهو يشمل المنقول كما يمتد إلى العقار ، فى حين أن الرهن الرسمى وحق الاختصاص لا يتناولان إلا العقار . ويقوم على الحيازة ، فلا بد من انتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن . (٤) حقوق الامتياز ، وهذه بمنحها القانون لديون معينة نظراً لصفات خاصة تميز هذه الديون . وحقوق الامتياز إما أن تكون عامة فتشمل كل أموال المدين من منقول وعقار ، أو أن تكون خاصة فتقتصر على منقول معين بالذات أو على عقار معين بالذات .

وننقل هنا ما ورد فى هذا الشأن فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فقد ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « جمع المشروع التأمينات العينية فى كتاب واحد ، وبذلك وضع رهن الحيازة فى مكانه بين رهون الأخرى ، فأصلح عيباً وقع فيه التقنين الحالى (السابق) . وتنظم التأمينات العينية جميعاً فكرة واحدة ، هى فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين . فيكون الرهن بمقتضى اتفاق فى الرهن الرسمى ورهن الحيازة ، وبمقتضى أمر من القاضى فى حق الاختصاص ، وبمقتضى نص فى القانون فى حقوق الامتياز . أما الحق فى الحبس ، فقد تقدم أن المشروع لا يعتبره حقاً عينياً ، بل هو دفع يديه من له حق التمسك به . وقد قديم المشروع الرهن الرسمى على غيره

من الرهون . لأنه أوسعها انتشاراً وأكبرها خطراً . ثم أعقب الرهن الرسمي بحق الاختصاص ، لأنه حق مصوغ على غرار الرهن الرسمي والأحكام بينهما مشتركة . وتلى ذلك رهن الحيازة ، وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية . فلم يبق إلا حقوق الاستيـار ، تختم بها التأمينات العينية ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢ .

الباب الاول

الرهن الرسمي

١١٦ - تعريف الرهن الرسمي - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٠ مدني على ما يأتي :

« الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدي للوجه الآتي :

« الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار الضامن لوفاء الدين ، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، ولو انتقل هذا العقار إلى أي شخص آخر » . وفي لجنة المراجعة أجرى تعديل الهظي في النص ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ١١٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧ - ص ٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥٤ / ٦٧٨ : الدائنون المرتهنون للعقار الذين لم بواسطة الإجراءات الرسمية حق على عقار مدينهم أو عقاراته صالح لاحتجاجهم به على الغير ، في كونهم يستوفون ديونهم بالأولوية والتقدم على الدائنين من ثمن ذلك العقار أو العقارات ولو انتقلت لأي يد كانت .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخر :

التقنين المدني السوري م ١٠٧١ : التأمين هو حق ميني على المقاربات المخصصة لضمان وفاء التزام . وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ، ويبقى بكامله على المقاربات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى كل قسم من هذه المقاربات ، وينبغي في أية يد تنتقل إليها للمقاربات .

التقنين المدني الليبي لا مقابل .

ويخلص من هذا النص أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضاً على هذا الحق العيني الذي يترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشأ هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن » (١) ما

أما العقد الرسمي فأمره ظاهر ، وهو عقد يتم بين الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون ، سواء كان هذا المالك هو نفس المدين أو كان كفيلًا عينيًا .

وأما الحق العيني الذي يترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه فهو حق عيني عقارى يترتب على العقار المخصص لوفاء الدين ، ويكون للدين بموجبه حق تقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون . ويتقدم الدائن بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك العقار المرهون ، بل أيضاً على الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا العنصر . من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص وأصحاب حقوق امتياز . إذا كان هؤلاء الدائنون متأخرين في المرتبة أى متباعدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن .

فلذا استوفى الدائن المرتهن حقه في مواجهة دائن آخر مع بقاء العقار في يد مالكة سمي هذا تقدماً ، أما إذا استوفاه وقد انتقلت ملكية العقار

١ - التقنين المدني العراقي م ١٢٨٥ (مطابق ويسميه الرهن التأميني) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٠ : التأمين هو حق منى على المقارات المخصصة

لضمان القيام بموجب - وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ، ويبقى بكامله على المقارات ، فيبقيها في أية يد تنتقل إليها المقارات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

المرهون إلى غير المالك فإن ذلك يسمى تقدماً على الدائنين الآخرين وتتبعاً في يد من انتقلت إليه ملكية هذا العقار^(١).

ويلجأ الدائن المرتهن عادة ، في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون ، إلى التنفيذ على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني . ولكن العقار المرهون قد يهلك قبل بيعه بالمزاد العلني ، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة هذا العقار كبلغ تعويض في حالة تعدى الغير على العقار المرهون ، أو مبلغ تأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين ، أو مبلغ مقابل لنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وتقول المادة ١٠٥٦ مدني في هذا الخصوص : « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد » .

فالرهن الرسمي إذن هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن ، ويتقرر ضماناً للوفاء بدين . وهذا الحق العيني يتقرر على عقار ، مملوك للمدين أو لكفيل عيني . وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار ، مقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ، ومتتبعاً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته^(٢).

١١٧ - خصائص الرهن الرسمي : ومن خصائص حق الرهن

(١) قارن سيمر تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٨ .

(٢) انظر سيمر تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٩ - ويلاحظ أن الدائن المرتهن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار المرهون أو بما يحل محل هذا العقار من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو غير ذلك . فلفظ « الثمن » هنا مستعمل بهذا المعنى الواسع ، بعد أن تقرر المادة ١٠٥٦ مدني إلى المادة ١٠٣٠ مدني التي تعرف الرهن الرسمي (انظر منصور مصطلح منصور فقرة ٥) .

الرسمى أنه : (١) حق عبنى عقارى . (٢) حق تبعى . (٣) حق غير قابل للتجزئة .

١١٨ - الرهن الرسمى من عبنى عقارى : يعطى حق الرهن الرسمى للدائن المرتهن حقاً عينياً عقارياً ، بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانات عينية^(١) . فيعطى هذا الحق العبنى للدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين فى المرتبة ، كما يعطى حق التبع فى يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون . فحق الرهن الرسمى ليس إذن جزءاً من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقارى آخر) وضع ضماناً للدين معين .

وإذا كان الرهن الرسمى حقاً عقارياً تابعاً للدين كما سئرى ، فإن هذه التبعية تظهر فى أمور معينة ، منها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى للموصى له من الدائن المرتهن ، ومنها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمى كذلك إلى المحال له^(٢) . ولكن الرهن الرسمى يبقى مع ذلك حقاً عقارياً ، فإذا أراد الدائن المرتهن أن يتخلى عنه أو أن يخيله لشخص آخر ، وجب أن يكون لهذا الدائن الأهلية اللازمة لنقل العقار^(٣)

١١٩ - الرهن الرسمى من تبعى وحق الرهن الرسمى حق تبعى للدين الذى يضمنه هذا الرهن . فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون به ،

(١) لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ جيوار ٣ فقرة ٦٢١ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة

٨٩٣ - بهدان وفواران فقرة ٢٩١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٢٨ ص ٢٧٥ .

(٢) وقد يحكم بصحة الرهن ، فهتبع ذلك ضمان صحة الدين المضمون بالرهن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الدائن الحكم بطلان الرهن الصادر من مائه إلى دائن آخر ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضماناً بطلان القرض أيضاً ، وأضى برفض الدعوى لانعدام الدليل ، كان هذا قضاء ضمناً بصحة القرض المضمون بالرهن (انقضض مدنى ١٨ يناير

سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاماً ١ ص ٦٧)

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٢٩ ص ٢٧٧ .

ويسير مع الدين وجوداً وعدماً^(١) . فكل رهن رسمي يفترض إذن وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن ، فإذا اعتور الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه . اختفى الرهن مع الالتزام^(٢) . وينتقل الرهن مع الالتزام للموصى له بالمنقول^(٣) ، كما ينتقل مع الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن^(٤) . وينتهي انتهاء الالتزام بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء^(٥) . ويقوم الرهن الرسمي لضمان أى التزام مهما كانت طبيعته وأوصافه ، فيجوز أن يضمن الرهن التزاماً مؤجلاً أو التزاماً شرطياً فيصبح مؤجلاً أو شرطياً كالاتزام المضمون^(٦) .

على أنه يجوز من جهة ، في القانون الفرنسي ، فصل الرهن الرسمي عن الالتزام المضمون فيحتفظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن ، كما يجوز من جهة أخرى إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل .

-
- (١) لوران ٣٠ فقرة ١٧٢ - جيوار ٢ فقرة ٦٢٢ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٢ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٦٦٠ - بيدان وفواران فقرة ٣٠٢ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٧ .
- (٢) نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ - سيريه ١٩٢١ - ١ - ١٠٧ .
- (٣) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٢ .
- (٤) بودرى ودى لوان ٣ فقرة ١٩٢٣ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٢ ص ٦٦٦ .
- (٥) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٨ .
- (٦) جيوار ٢ فقرة ١٠٣٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٩١ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ (١) - ولكن لا يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على أدائه في حين أن الرهن الرسمي يجبر مالك العقار المرهون على الوفاء به (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١ - وانظر عكس ذلك وجواز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ - لوران ١٧ فقرة ٢٨) . ولكن يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً عقده قاصر ، لأن مثل هذا الالتزام تجوز كفالته ، ويصبح من قرر الرهن على عقاره ضماناً لهذا الالتزام كفيلا عينيا (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١) .

أما عن احتفاظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن الأول في القانون الفرنسي ، فيتحقق ذلك بأن يني صاحب العقار المرهون الدائن المرتهن الأول ويستبقى مرتبة الرهن يعطيها لمن يشاء من الدائنين ، فيصبح لهذا الدائن مرتبة الدائن المرتهن الأول الذي سبق أن استوفى حقه . وعلى الدائن المرتهن الجديد أن يذكر في التيد الذي يجريه مرتبته في الرهن ، أي مرتبة الدائن المرتهن الأول (١) .

وأما عن إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل ، فيتحقق ذلك إذا فتح مصرف اعتماداً لأحد عملاته مضموناً برهن يأخذه المصرف على عقار لهذا المدين . فيوجد الرهن أولاً قبل أن يوجد الدين ، ثم يوجد الدين بعد ذلك . ويجوز قيد الرهن قبل أن يوجد الدين ، ويعتبر الرهن موجوداً حتى قبل أن يقبض العميل الاعتماد المضمون بالرهن (٢) .

١٢٠ - **الرهن الرسمي هو غير قابل للتجزئة** : والرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة . سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون .

أما بالنسبة إلى العقار المرهون ، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكة وأصبح كل وارث مسئولاً عن جزء من الدين ، فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مرهوناً في كل الدين . فإذا أدى

(١) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٤٨٦ - بلانيول وريبير وبيكه ١٢ فقرة ٣٢٤ ص ٣٨١ .

(٢) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٣٥ سبريه ١٩٣٧ - ١ - ٢١٣ - جيوار ٢ فقرة ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٦ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٧٠٠ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٦٦٠ - چوسران ٢ فقرة ١٦٣٧ وفقرة ١٨٣٢ - بيدان وفواران فقرة ٣٠٣ - ولكن الرهن المنشأ ضماناً لماق مستقبل لا ينجأ أثراً إلا عند وجود هذا الحق ، فهو إذن يتبع هذا الحق في وجوده (بلانيول وريبير وبيكه ١٢ فقرة ٣٢٦ ص ٣٨٣) .

الوارث الجزء من الدين الذى هو مسئول عنه ، ببقى الجزء من العقار الذى دخل فى ملكه مسئولاً عن باقى الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة مرهونة فى الدين ، فإن كل عقار منها يبقى مرهوناً إلى أن يسدد الدين كله ، ولا يكفى وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن (١) .

وأما بالنسبة إلى الدين المضمون ، فدعوى الرهن لا تتجزأ ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) إذا انقضى جزء من الدين المضمون ، فإن العقار الضامن للدين يبقى ضامناً لما بقى من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين المضمون . فإذا كان ما انقضى هو ربع الدين مثلاً ، بقى العقار كله ضامناً لثلاثة أرباع الدين الباقية دون وفاء ، ولا يخلص ربع العقار من الرهن . (٢) وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص مثلاً ، فإن كل وارث من هؤلاء الثلاثة ، إذا كانت أنصبتهم فى الميراث متساوية ، يكون له ثلث الدين المضمون بالرهن ، ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه على كل العقار المرهون . (٣) وإذا مات المدين المرتهن ، وترك ورثة ثلاثة أنصبتهم متساوية ، ورث كل منهم ثلث الثالث فأصبح مديناً به كما هو الأمر فى القانون المدنى الفرنسى . ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون ، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على هذا العقار بكل الدين ، ويكون للوارث فى هذه الحالة الرجوع على الوارثين الآخرين كل بقدر نصيبه فى الدين (٢) .

١٢١ — خطة البحث : ونبحث الرهن الرسمى فى فصول ثلاثة :

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٢٤٠ ص ٢٨٦ .

(٢) ويجوز مع ذلك القول عن عدم تجزئة الرهن ، فيصبح الرهن متجزئاً على عدد ورثة الدائن أو على عدد ورثة المدين . والذى ينزل عن عدم تجزئة الرهن هو الدائن المرتهن ، صراحة أو ضمناً ، فينقسم الرهن على ورثته أو على ورثة المدين (بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢ : ٣) .

(١) إنشاء الرهن الرسمي . (٢) آثار الرهن الرسمي . (٣) انقضاء الرهن الرسمي (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص أحكام الرهن الرسمي واستحداث ما حقق كثيراً من الإصلاح ، ما يأتي :

• رتب المشروع أحكام الرهن الرسمي ترتيباً لا يخفى في التقنين الحالي (السابق) ، واستحدث من النصوص ما حقق كثيراً من الإصلاح وعالج كثيراً من العيوب . (١) أما الترتيب الذي أتبعه المشروع ، فنقطه واضح . فقد بسط أحكام الرهن في فصول ثلاثة : تناول الفصل الأول منها إنشاء الرهن ، فعرف المقدم وقرر رسميه ، وذكر من عناصره الرهن والمقار المرهون والدين المضمون . وتناول الفصل الثاني آثار الرهن ، فقرر أثر الرهن فيما بين المتعدين ، ثم أثره بالنسبة للغير . ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على المقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى انعقد فيها بين المتعدين ، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيود . ويمكن تعريف حق الرهن بأنه سلطة يرتبها القانون للدائن المرتهن على المقار المرهون ، يستطيع بها أن يسوق حقه من ثمن هذا المقار . فإذا اشتمل هذا للسلطة في مواجهة الراهن لم يكن هذا استعمالاً لصاحبه العام بل استعمالاً لحق الرهن ، أو في مواجهة الغير كان هذا أيضاً استعمالاً لحق الرهن ، إلا أن هذا الاستعمال يتخذ صورة خاصة يسمونها تقدماً إذا كان الغير دائئاً آخر ، وتتما إذا كان الغير شخصاً انتقلت إليه ملكية المقار المرهون . وتناول الفصل الثالث الأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي بصفة تعبئة مع الدين المضمون ، أو بصفة أصلية مستقلة عن إنقضاء هذا الدين . (ب) أما النصوص التي استحدثها المشروع ، فيمكن إجمال أهمها فيما يأتي : أولاً - من حيث إنشاء الرهن :

(١) ميز المشروع في الرهن الذي يصدر من غير المالك بين رهن ملك الغير ورهن الأموال المستقبلية ، فجعل رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً كبيع ملك الغير حتى يتفق التشريع في عقدين من عقود التصرف - البيع والرهن - لا يبرر لفتره بينهما في هذه المسألة ، أما رهن الأموال المستقبلية وهي الأموال التي تزول إلى الراهن في المستقبل دون أن تتحدد في عقار بالذات فباطل بطلاناً مطلقاً . (٢) ذكر المشروع حكم رهن الأموال الشائعة بتفصيل يتفق مع أهمية هذا الحكم من الناحية العملية . (٣) بين المشروع حكم رهن المباني القائمة على أرض الغير . (٤) وضع المشروع مبدأ عدم تجزئة الرهن إني ألفاظ واضحة ، وبين الشقين الذين يخصصهما هذا المبدأ ، فكل جزء من المقار ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار . ثانياً - من حيث آثار الرهن : (١) بين المشروع القيود التي ترد على حقوق الراهن في الإيجار وفي قبض الأجرة . (٢) عرض المشروع لشروط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجرامات ، وجعل حكمهما البطلان ، والتقنين الحالي (السابق) لا يذكر هذا الحكم إلا في =

الفصل الأول

إنشاء الرهن الرسمى

١٢٢ - الشكل والموضوع : عقد الرهن الرسمى عقد شكلى ، لا يتم

إلا بورقة رسمية على النحو الذى سنحدده . ثم هو بعد ذلك ؛ من ناحية الموضوع ، عقد يجب فيه رضا المتعاقدين على إنشاء حق الرهن الرسمى على العقار المخصص لذلك .

فنبحث إنشاء الرهن الرسمى : (١) من ناحية الشكل . (٢) ثم من ناحية الموضوع .

هـ رهن الحيازة يقتصره كل شرط التملك عند عدم الوفاء . (٣) خص المشروع الكفيل المبنى ببعض الأحكام ، من ذلك تمسك هذا للكفيل بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المتلفة بالدين ، وعدم جواز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال دون أن يكون له حق الدفع بالتجريد ، وجواز تخليه عن العقار المرهون ليعفدى توجييه أى إجراء ضده . (٤) وضع قواعد تمنح الدائن المرتهن من التلاعب بمرتبة رهنه والاحتيايل فى ذلك سيما وراء محاباة بعض الدائنين هل حساب الآخرين ، كما أجاز للدائن المرتهن أن يتنازل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين لاضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مفيد على نفس العقار . (٥) أدخل المشروع فى إجراءات التطهير تعديلا جوهريا من شأنه أن يسقط عن الدائن ، إذا هو لم يقبل القيمة التى عرضها الحائز للعقار ، الالتزام بزيادة العشر . (٦) أتى المشروع بنصوص واضحة فى تصفية مركز الحائز للعقار بعد نزع الملكية . ثالثا - من حيث انقضاء الرهن : (١) ذكر المشروع أسباب انقضاء الرهن مرتبة ، وأورد فى هذا الصدد بعض أحكام هامة كانقضاء الرهن بالتطهير حتى لو فسخت ملكية الحائز الذى طهر الرهن وكانقضائه بالبيع الجبرى . (٢) أورد المشروع الحكم فى تقادم الرهن الرسمى ، فنصت المادة . . . على أنه لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين ، ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى ، وينقطع التقادم بإصدار الحائز بالدفع أو التخلية . وقد اضطرب القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فحسم المشروع الخلاف بهذا الحكم (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ - ٦) .

المبحث الأول

إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الشكل

١٢٣ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣١ مدني على ما يأتي :

- ١ - لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية .
 - ٢ - ونفقات العقد على الرهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك^(١) .
- ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٥٥٧/٦٨١^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١٠٩١ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٣٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٨٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٦ - ١٢٧ و م ١٤١ - ١٤٢^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدي طر الوحه الآتي : « لا يتم الرهن إلا إذا كان بمقد رسمي يهرم بين الدائن والمالك العقار الضامن لوفاء الدين . ونفقات العقد على الرامن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك » . وفي لجنة المراجعة جعل النص فقرتين ، وأدخل عليه تعديل لفظي ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣١ - وقد اقترح بعض مستشاري محكمة النقض أن يضاف إل الفقرة الأولى من النص الصبارة الآتية : « وصادرا من مالك » . فذكرت لجنة مجلس الشيوخ في تقريرها أنها لا ترى الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن حكم التقنين السابق مستند في خصوص التفريق بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . فنطق القانون لا يبيع مثل هذا التفريق ، وليس في الاعتبار العملية ما يبرره أيضاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩ - ص ١١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٥٥٧ / ٦٨١ : لا يعتبر رهن العقار إلا إذا كان بموجب عقد رسمي محرر في قلم كاتب إحدى المحاكم بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأييداً لوفاء الدين .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص :
 « يطلق الرهن على العقد الرسمى وعلى الحق العيى الذى ينشأ هذا العقد .
 فالرهن عقد يتم بين الراهن والرائن المرتهن . ويكون الراهن عادة هو المدين ،

== التقنين المدنى السورى م ١٠٩١ : ١ - يحرر سند التأمين بالشكل المتباد ، وتسلم صورته
 الأصلية أو نسخة عنه مع سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . ٢ - يعمد الدائن إلى إيداعهما
 المكتب العقارى ، ويحظر على رئيس المكتب العقارى خطأ إجابة أى طلب تسجيل يضر بحقه فى
 أثناء مدة لا تتجاوز تسعين يوماً . ٣ - إن هذا الإيداع ، الذى يعتبر فى أثناء المدة المذكورة
 بمثابة اعتراض ، يجرى قيده فى السجل اليومى ، كما يشار إليه بقيد مؤقت فى الصحيفة العقارية .
 وبصورة استثنائية لا يدون هذا القيد فى سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقارى .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٤ : ١ - لا ينقذ للرهن إلا إذا كان بورقة أصلية وفقاً
 لأحكام النظام العقارى . ٢ - ونفقات المقدم على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .
التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٦ : ١ - لا يحق الرهن التأمى إلا بتسجيله فى دائرة
 الطابو ، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامته فى البلد الذى تم فيه التسجيل . ويعطى لكل
 منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما ، بعد أخذ تقريرهما فى مواجهة الشهود .
 ٢ - ونفقات المقدم على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

قانون الملكية العقارية الثانى م ١٢٦ : يكون التأمين جبرياً أو قضائياً . وفى كلا
 الحالين لا يكون له مفعول قانونى إلا بعد تسجيله .
 م ١٢٧ : يجوز وضع حدة تأييدات على عقار واحد . وسواء أكانت جبرية أو رضائية ،
 فإن رتبها تسعين بحسب تاريخ قيدها فى السجل العقارى .

م ١٤١ : يحرر سند التأمين بالشكل للمادى ، وتسلم صورته الأصلية أو نسخة عنه مع
 سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . فيحصد الدائن إلى إيداعها المكتب العقارى ، ويحظر على رئيس
 المكتب العقارى خطأ إجابة على أى طلب تسجيل يضر بحقه فى أثناء مدة لا يمكن أن تتجاوز
 تسعين يوماً . وهذا الإيداع الذى يعتبر فى أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض ، يجرى قيده فى
 السجل اليومى ، كما يشار إليه بقيد مؤقت فى الصحيفة للمينة . وبصورة استثنائية لا يتوجب
 تدوين هذا القيد فى سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقارى .

م ١٤٢ : إذا تقدم طلب قيد جديد فى أثناء المدة العينية لصحة الاعتراض ، يعمد رئيس
 المكتب للمقارى أولاً إلى قيد التأمين المؤجل قيداً قانونياً ، ويعطى هذا التأمين رتبته من تاريخ
 إيداع المعاملة للاعتراض . وبالعكس يتوجب على الدائن . عند انقضاء مدة التسعين يوماً ،
 أن يصحب أوراق المادلة أو أن يطلب التسجيل للقانونى لحقه ، وقد انقطعت عنه الضمانة التى
 كانت له من إيداع المعاملة للاعتراض .

وقد يكون غير المدين فيسمى كفيلاً عينياً . والرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها ، ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك تكون على الراهن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على شيء آخر . أما حق الرهن فهو سلطة للدائن على العقار المرهون ، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار . فإن استوفاه في مواجهة دائن آخر سمي هذا تقدماً ، وإن استوفاه في مواجهة من انتقلت ملكة العقار المرهون إليه سمي هذا تتبعاً^(١) .

وظاهر أن المذكرة الإيضاحية تشير إلى أن كلمة « الرهن » يفهم منها معنيان مختلفان أحدهما عن الآخر : (١) عقد الرهن الرسمي ذاته ، ولا بد أن يكون في ورقة رسمية ، فهو عقد شكلي يقتضى الرسمية لوجوده . (٢) حق الرهن الرسمي الذي ينشأ عن عقد الرهن الرسمي ، وهو سلطة للدائن على العقار المرهون يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار . فإن استوفاه في مواجهة دائن آخر سمي هذا تقدماً (droit de préférence) أما إذا استوفاه في مواجهة من انتقلت إليه ملكة العقار المرهون فإن هذا يسمى تتبعاً (droit de suite) .

وصواء كان المراد عقد الرهن الرسمي أو حق الرهن الرسمي ، فإن المعنيين يتسايران معاً في نظام الرهن الرسمي باعتباره عقداً وباعتباره حقاً ينشأ عن هذا العقد ، والرهن الرسمي ، باعتباره حقاً . يكون حقاً تابعاً نشأ لتأمين دين . ففي الأصل إذن يوجد دين ، ثم ينشئ عقد الرهن الرسمي حقاً عينياً تابعاً لتأمين هذا الدين . والدين قد يكون مصدره عقداً رسمياً أو غير رسمي ، وقد يكون مصدره إرادة مفردة ، أو عملاً غير مشروع ، أو لإثراء بلا سبب ، وقد يكون مصدره القانون . وأياً كان مصدره ، فهو يقوم مع حق الرهن ذاته أو قبل هذا الحق . ولكنه لا يقوم بعد قيام هذا الحق ، فرهن المال المستقبل يقع باطلا كما سترى (م ١٠٣٣ / ٢ ملنى) .

(١) مجموعة الأحوال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

لذلك نبحث فيما يلي : (١) أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمي . (٢) المقصود بالرسمية في هذا الصدد . (٣) الجزاء على تخلف الرسمية . (٤) إبرام عقد الرهن الرسمي خارج مصر . (٥) نفقات عقد الرهن الرسمي . (٦) التوكيل في الرهن الرسمي . (٧) الوعد بالرهن الرسمي .

١٢٤ - أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي وإنشاء هذا العقد

قوله رهن رسمي : لا ينعقد عقد الرهن الرسمي إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، طبقاً لأوضاع ورسوم معينة . فإذا وضع في ورقة رسمية فقد انعقد ، رانبي على ذلك أنه ينشئ حق رهن رسمي له آثار معينة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير^(١) . ورسمية عقد الرهن الرسمي تقررت لمصلحة الراهن ، ولمصلحة الدائن المرتهن ، ولمصلحة الائتمان في ذاته^(٢) .

أما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الراهن ، فذلك لأن الراهن يحتفظ بملكية العقار المرهون وبخياره ، وهذا يفريه على أن يعتقد أنه سيتخلص من الرهن . ولكن قد يطول الأمر به دون أن يتخلص من الرهن ، وفي بعض الأحيان يقع فريسة وتزغ منه سلبية العقار المرهون ليستوفي الدائن دينه .

(١) ويلاحظ أن عقد بيع العقار عقد غير شكل ، فلا يشترط إبرامه في ورقة رسمية . وأما عقد الرهن الرسمي فعقد شكل كما رأينا ، فوجب فيه الرسمية وإلا كان باطلاً . وقد يقال إن البيع أخطر من الرهن ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن البيع ينقل ملكية العقار إلى المشتري ، أما الرهن فيستبقى الملكية للراهن . فتجب الحيلة في أمر الراهن ، لا سيما أنه لا يستبقى الملكية نصيب ، بل يستبقى أيضاً الحيازة . ولذلك اشترطت الرسمية في عقد الرهن الرسمي ، ولم تشترط في عقد الرهن الحيازي (انظر ما يلي نفس للفقرة في الهامش - وقارن بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٤ - ص ٤٨٥) .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٦ - بيدان وفواران فقرة ٧٨٩ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ هامش ٣ .

لذلك كان من الواجب أن يكون عقد الرهن عقداً رسمياً ، حتى يتمكن الراهن من أدراك خطورة ما يقدم عليه من الأمر ، فلا يقدم إلا بعد احتياط وتدبر^(١) .

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الدائن المرتهن ، فذلك يظهر من أن الدائن المرتهن يجد نفسه في حاجة إلى الثبوت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد . فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله في أمن من ذلك ، إذ يكون إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويعينه على تدبير أمره . هذا إلى أن الرسمية من شأنها أن تضع في يد الدائن المرتهن سنداً قابلاً للتنفيذ ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين .

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الاثبات في ذاته ، فذلك يظهر من ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة ، ولا يتوافر ذلك إلى درجة كبيرة إلا إذا كان العقد رسمياً^(٢) .

١٢٥ — المفصود بالرسمية في هذا المصود : والمقصود بالرسمية هنا

أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي ، حتى يكون هذا العقد صحيحاً ، والرسمية بهذا المعنى تهدف إلى ضمان التعبير عن الإرادة على

(١) ويقول الأستاذ سير تاغر : « وليس صحيحاً أن تمتد المقارنة بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية في الرهن الحيازي مع أن له نفس خطورة الرهن الرسمي . ذلك أنه في الرهن الحيازي ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفي هذا تنبيه كاف إلى خطورة تصرفه ، أما في الرهن الرسمي فيظل الراهن محتفظاً بالسيطرة على العقار المرهون بما قد يوحى له أنه لم يفقد شيئاً بالرهن . وليس صحيحاً ما يقال ، في مقارنة الرهن الرسمي بالبيع ، من أن المشرع لم يشترط الرسمية في البيع رغم أنه تصرف أشد خطورة من الرهن إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري ، لأن في انتقال الملكية وحده ما يلزم البائع إلى خطورة تصرفه ، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية وهو غالباً يعتقد أنه سيوفى الدين في أجله فلا شيء يهدد ملكيته ثم يخيب تقديره بعد ذلك » ر.م.ب. تناظر فقرة ٦ ص ٢٢ - ص ٢٣ - وانظر آتياً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٩ () .

على وجه صحيح ، في حين أن الشكلية في القوانين القديمة كالقانون الروماني كانت تطفى على الإرادة فلا يعتد بالإرادة إذا وجد الشكل .

وهناك اتجاه غالب في الفقه الفرنسي^(١) ، يؤيده جانب كبير من الفقه المصري^(٢) ، يذهب إلى أن الرسمية لا تشترط إلا في رضاء الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية في رضائه ويجوز أن يكون هذا الرضاء ضمناً . والظاهر من نصوص القانون أن الرسمية ضرورية في كل من رضاء الراهن ورضاء الدائن المرتهن ، فلا يكفي أن يكون رضاء الراهن وحده رسمياً إذا لم يكن رضاء الدائن المرتهن رسمياً أيضاً ، وقد قدمنا^(٣) أن الرسمية قد تقررت لا لمصلحة الراهن وحده ، بل أيضاً لمصلحة الدائن المرتهن ، فوجب القول إن رضاء الدائن المرتهن يجب أيضاً أن يكون رسمياً كرضاء الراهن^(٤) .

١٢٦ - الجزاء على تخلف الرسمية : وإذا لم يفرغ عقد الرهن الرسمي

في ورقة رسمية ، فإنه يكون عقداً باطلاً ، لأنه عقد شكلي ولا يقوم صحيحاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية . وعقد الرهن الرسمي الباطل لخلل في الشكل لا يصلح أن يكون وعداً صحيحاً بالرهن ، لأن عقد الوعد بالرهن يجب أن يكون هو أيضاً في ورقة رسمية ، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن الرسمي كما سنرى^(٥) . ولكن إذا كتب وعد بالرهن في ورقة عرفية ، فإن هذا

(١) بيدان وفواران ١٤ ص ٢٠٠ - مازو ٣ ص ٢٢٨ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٦٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩١ - محمد حل إمام فقرة ١٨٠ - سليمان مرقس فقرة ٦٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٤ .

(٤) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٥١ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٤ - سمير تناغر فقرة ٧ - وانظر منصور مصطفى منصور حيث يعرض الرأيين دون ترجيح فقرة ٢٤ ص ٦٧ - ص ٦٨ .

(٥) انظر مايل فقرة ١٣٠ .

الوعد يكون عقداً ملزماً ، غير أنه لا يكون عقد وعد بالرهن . وإنما يجب على الواعد أن يحرر عقداً رسمياً بوعد بالرهن . فإن لم يفعل وجب عليه دفع التعويض لأن هذا هو الجراء على تخلف الرسمية . كذلك يجوز ، تطبيقاً للمادة ٢٧٣/٣ مدني . أن يعتبر الموعد له أن الواعد لم يقم بوعده ، ولم يقدم ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، ومن ثم يكون للموعد له وهو الدائن أن يطلب سقوط أجل الدين ، فيصبح الدين حالاً تجوز المطالبة به فوراً .

وإذا كان هناك عقد غير رسمي تضمن الاتفاق على أن يعطى شخص لآخر قرضاً وعلى أن المقرض ينشئ رهناً لضمان هذا القرض . وجب على المقرض أن يقوم بإنشاء الرهن الرسمي . فإن لم يفعل ، لم يجز على ذلك لأن العقد غير رسمي^(١) . ولكن يبطل العقد في شق منه ، وهو الشق الذي يوجب على المقرض أن ينشئ رهناً رسمياً . أما الشق الآخر ، وهو القرض فيبقى صحيحاً لأن القرض ليس بعقد شكلي . إلا إذا تبين أن القرض ما كان لينشأ بغير الرهن فيبطل القرض أيضاً (م ١٤٣ مدني) .

١٢٧ - إبرام عقد الرهن الرسمي خارج مصر : في التقنين المدني

الفرنسي تنص المادة ٢١٢٨ على أن : العقود المبرمة في الخارج (خارج فرنسا) لا تعطى حق رهن رسمي على الأموال الموجودة في فرنسا ، إذا لم يوجد نص مخالف لهذا المبدأ في التشريعات السياسية أو في المعاهدات . فالأصل إذن في فرنسا أن العقود المبرمة في الخارج لا تعطى حق رهن رسمي على العقارات الموجودة في فرنسا ، ولا بد من إبرام عقد الرهن الرسمي في فرنسا ذاتها حتى ينشئ هذا العقد حق رهن رسمي على العقارات الموجودة في فرنسا . ولا شك في أن المادة ٢١٢٨ مدني فرنسي تعتبر استثناء من القاعدة

(١) ولكنه يبقى عقداً ملزماً ، فيجب على الواعد أن يقوم بدفع التعويض ، ويجوز للموعد له أن يعتبر أن أجل القرض قد سقط كما قدمنا فيطالب بالدين في الحال .

التي تقضى بأن قانون المجل هو الذى يحكم شكل العقد (lous negit actum) ولكنه استثناء غير مفهوم^(١) .

أما فى التقنين المدنى المصرى . فقد كان التقنين المدنى السابق يماثل التقنين المدنى الفرنسى فى أنه لا يجوز إبرام عقد رهن رسمى فى الخارج . فنص فى المادة ٦٨١/٥٥٧ على أنه « لا يعتبر رهن العقار إلا إذا كان بموجب عقد رسمى محرر فى قلم كتاب إحدى المحاكم (المختلطة) بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأمينا لوفاء الدين » . ويفهم من هذا النص أن رهن العقار الموجود فى مصر لا يكون إلا بموجب عقد رسمى . وهذا العقد يجب أن يحضر فى قلم كتاب إحدى المحاكم المصرية (المختلطة) . فالرهن الذى يعقد فى الخارج عن عقارات موجودة فى مصر لا يعتد به . ويكون باطلا . ولما صدر مرسوم بقانون القنصليات فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٢٥ (وقد استبدل به القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤) . تضمن هذا المرسوم بقانون نصاً يجيز لقناصل مصر فى الخارج تحرير العقود ويجعل لها قوة العقود الرسمية . لذلك كان واجباً أن يتم الرهن بعقد رسمى فى أحد مكاتب التوثيق الرسمية ، أو فى إحدى القنصليات المصرية فى الخارج . وقد وجه إلى التقنين المدنى السابق نفس الانتقاد الذى وجه إلى التقنين المدنى الفرنسى ، باعتبار أنه يعوق التعامل بين أشخاص مقيمين فى دول مختلفة .

(١) على أن عقد الرهن الرسمى ، إذا كان طرفاه فرنسي الجنسية ، يمكن تحريره فى القنصليات الفرنسية خارج فرنسا ، لأن هذه القنصليات لها هذا الحق بموجب القانون (بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤١٩ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٧ - چوسران ٢ فقرة ١٦٧٩) . ويجوز لكل شخص ، ولو كان غير فرنسي الجنسية ، أن يبرم توكيلاً رسمياً ، بحسب رسوم البلد الذى أبرم فيه التوكيل ، لشخص فى فرنسا يفوض له أن يبرم عقد رهن رسمى على عقار موجود فى فرنسا . ويجوز أخيراً ، بموجب معاهدات معينة ، إبرام عقد رهن رسمى خارج فرنسا على عقار موجود فى فرنسا ، ومن ذلك المعاهدات المبرمة بين فرنسا وإيطاليا وفرنسا وسويسرا (انظر بلانيول وريبير وبيكيد ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٥٩) .

لذلك عدل التقنين المدني الجديد عما كان يتمسك به التقنين المدني السابق ، فنص في المادة ١/١٠٣١ على أنه « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية » . فالورقة الرسمية ركن في انعقاد عقد الرهن ، ولكن المشرع المصري لم يشترط إلا وجود هذه الورقة الرسمية . ولم يبين من أية جهة تصدر هذه الورقة . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه (locus regit actum) » . ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية . كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » . فيجوز إذن أن يخضع عقد الرهن الرسمي ، من حيث شكله ، لقانون البلد الذي تم فيه^(١) . فإذا عقد رهن رسمي في بلد أجنبي برتب حق رهن رسمي على عقار موجود في مصر ، جاز أن يتولى العقد في هذا البلد الأجنبي موثق أجنبي يتولى إخضاع العقد من حيث الشكل للقاعدة التي تنص بأن الشكل يخضع لقانون المحل (locus regit actum) ، كما يجوز أن يوثق الورقة الرسمية التي يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي فنصل من تفاصيل الجمهورية في الخارج^(٢) .

١٢٨ — نفقات عقد الرهن الرسمي : تقول الفقرة الثانية من المادة

١٠٣١ مدني : « ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك »^(٣) .

(١) في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٦٤ - منصور مصطن منصور فقرة ٢٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ٩٤ - سير تناغر فقرة ١٠ - وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٦٥ - شفيق شحاتة فقرة ٥٤ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩٣ - محمد علي إمام فقرة ١٨١ .

(٢) وإذا عقد الرهن الرسمي في بلد أجنبي طبقاً لقانون الشكل في هذا البلد ، فإن العقد يترتب عليه نشوء حق الرهن الرسمي على العقار الموجود في مصر . ولكن لا تثبت للعقد القوة التنفيذية في مصر من تلقاء نفسه ، فيتمتع على الدائن أن يحصل على أمر تنفيذه ، ما لم يكن دينه ثانياً نيل الرهن المعقود في الخارج بحكم واجب التنفيذ أو بعقد رسمي محرر من جهة اختصاص مصرية (سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ١١١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٣ .

ويتبين من هذا النص أن الأصل أن تكون نفقات العقد على الراهن ، فهو الطرف الملزم في هذا العقد فيتحمل ، عند ترتيب حق الرهن الرسمي على عقاره وما يترتب على هذا الحق من الآثار . جميع نفقات العقد .

ومن نفقات العقد نفقات كتابية . وكذلك رسوم الورقة الرسمية التي لا بد منها لانعقاد الرهن أى رسوم التوثيق ، والنفقات اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامى ، وغير ذلك من النفقات التي يستلزمها العقد . وسرى فيما يلي أن الراهن هو الذى يتحمل أيضاً نفقات قيد الرهن ، وتجديد هذا القيد ، ومحوه (م ١٠٥٥ مدنى) .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على غير ما تقدم ، فيتفق الدائن المرتهن مع مالك العقار المرهون على أن تكون نفقات العقد مناصفة بينهما أو بنسبة معينة . أو أن يتحمل الدائن المرتهن وحده جميع نفقات العقد .

وإذا كان مالك العقار المرهون هو غير المدين أى كفيل عبنى . وهذا نادر . فإن نفقات العقد تكون على هذا الكفيل العبنى لأنه مالك العقار المرهون ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ولكن ذلك كله إنما يكون في العلاقة فيما بين مالك العقار المرهون والدائن المرتهن . ولا يمنع من رجوع مالك العقار المرهون بمصروفات العقد التي دفعها على المدين لأنه هو الذى استفاد من العقد فيلتزم بنفقته (١) .

١٢٩ - التوكيل في الرهن الرسمي : تنص المادة ٧٠٠ مدنى على أنه

يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذى يكون محل الوكالة . ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . فالتوكيل في عقد الرهن الرسمي إذن يجب أن يكون شكلياً كعقد الرهن الرسمي نفسه ، أى أن يكون في روية رسمية . ذلك أن الأصل إنما يعبر عن إرادته في عقد الوكالة نفسه ، فيجب

(١) وقد يتضح من الظروف أن مالك العقار المرهون إنما أراد أن يدفع نفقات العقد ، دون أن يرجع بها على المدين (منصور مصطلح منصور فقرة ٢٩) .

أن يكون هذا التعبير في الشكل الذي قرره القانون لعقد الرهن الرسمي^(١) ولما كان الاتجاه المتغلب في فرنسا ، يؤيده جانب كبير من الفقه المصري^(٢) . يذهب إلى أن الرسمية في الرهن الرسمي لا تكون إلا من جانب الراهن وحده ، أما الدائن المرتهن فيصح أن يكون رضاؤه عرفياً بل ضمناً ، فإن هذا الاتجاه نراه أيضاً في التوكيل بالرهن الرسمي . لذلك يرجع الاتجاه إلى أن التوكيل بالرهن الرسمي إنما تجب فيه الرسمية إذا كان الموكل هو مالك العقار المرهون ، أما إذا كان الموكل هو الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية في التوكيل . ولكن هناك رأياً يؤيده بقضى بأن الرسمية ضرورية في عقد الرهن الرسمي سواء من جانب الراهن أو من جانب الدائن المرتهن ، ولذلك يجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي رسمياً حتى لو كان الموكل هو الدائن المرتهن^(٣) .

ولما كان الرهن الرسمي من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، لذلك لا تكفي الوكالة العامة فيه ، ويجب أن تكون الوكالة خاصة . وقد نصت المادة ١/٧٠٢١ و ٢ مدني على أنه ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ، ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من نوع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ولما كان الرهن الرسمي ليس من أعمال التبرعات بل هو من أعمال التصرف ، لذلك ليس من الضروري في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلاً للرهن ، بل يكفي التوكيل في الرهن . وعند ذلك يجوز للتوكيل أن يرهن أى عقار مملوك للموكل رهناً رسمياً ، ويدخل ذلك في دائرة توكيله . وهذا كله على فرض أن الموكل

(١) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٧٩٩ - بلانيول وبريبر وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

(٣) سيمر تناغر فقرة ٨ ص ٢٧ .

هو نفس المدين ، أما إذا كان الموكل ليس المدين بل هو كفيل عيني ، فالغالب أن يكون متبرعاً ، ومن ثم إذا ثبت عنده نية التبرع فإنه يجب عليه أن يحدد في توكيله بالرهن العقار بالذات الذي يحول الوكيل أن يرهنه .

١٣٠- الوعد بالرهن الرسمي : نصت المادة ١٠١/٢ مدني على أنه

« إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . ويخلص من هذا النص أنه لما كان عقد الرهن الرسمي لا بد من كتابته في ورقة رسمية ، فكذلك الوعد بالرهن الرسمي يجب أيضاً كتابته في ورقة رسمية وإلا كان باطلاً . يوجه هذا النظر أن إغفال الشكل في الوعد يعين على الإفلات من هذا القيد ، « ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغبان في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمداً إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإبرام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المطلوب ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » (١) .

فالوعد بإنشاء رهن رسمي لا ينعقد إذن إلا إذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي ، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن ذاته . فإذا تم الوعد في الشكل الرسمي ، وتوافرت فيه جميع الشروط الواجب توافرها من تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (م ١٠١ مدني) ، نشأ في ذمة الوعد التزام بإتمام عقد الرهن الرسمي . فإذا لم يفعل ، أمكن الموعد له الحصول على حكم ، ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد (م ١٠٢ مدني) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٤ .

أما إذا لم يستوف الشكل في الوعد بإنشاء رهن رسمي ، وتم هذا الوعد في ورقة عرفية مثلاً ، فإنه يكون باطلاً كما قدمنا . ولكنه يكون باطلاً كوعد بإنشاء رهن رسمي ، دون أن يكون باطلاً كاتفاق ملزم يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد إلى أن « الوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلوأً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (١) . وقد سبق أن قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط أنه « يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمي غير المنقح فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد . ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص يؤدى عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض » (٢) .

وهذا رأى قريب من رأى المعمول به فى فرنسا ، فامتنع هناك أن القضاء الفرنسى لا يعتبر الوعد بالرهن الرسمي عديم الأثر إذا لم يتم به موثق العقود (notaire) . فالموعد له يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ - وانظر مد كامل مرسى فقرة ٦٤ وفقرة ٦٧ - عبد الفتاح عبد الباقى فترة ١٩٦ - أنور سلطان فى مصادر الالتزام من ١١٩ - شمس الدين للوكيل فقرة ٥٥ - سليمان مرقس فقرة ٦٩ - سمير تناغر فقرة ٩ من ٢٩ .

والمحكمة لا تصدر حكماً بصحة طلوعه ، ولكنها تحكم على الواعد بالتعويض وتزود هذا الحكم برهن قضائي^(١).

وهناك رأى مرجوح في مصر يذهب إلى أن الوعد بإنشاء رهن رسمي يكون باطلا إذا لم يفرغ في ورقة رسمية ، ولا يترتب عليه أى أثر . ومن ثم لا يحكم على الواعد بأى تعويض ، ولا يجوز أن يؤخذ عليه حق اختصاص من أجل تعويض لم يحكم به . وإذا جاز للدائن المرتهن أن يسعى للحصول على حق اختصاص ، فإنما يكون ذلك بناء على حكم بالدين الذى أريد ضمانه بالرهن^(٢) .

المبحث الثانى

إنشاء الرهن الرسمى من ناحية الموضوع

١٣١ - تطبيق القواعد العامة : عقد الرهن الرسمى كسائر العقود يجب فى إنشائه ، من ناحية الموضوع ، توافر الرضاء والمحل والسبب . أما الرضاء فيصدر من المتعاقدين ، وهما الراهن والدائن المرتهن . ومنى صدرت منهما إرادتان متطابقتان ، فقد انعقد الرهن الرسمى . ويرجع فى ذلك إلى القواعد العامة فى نظرية العقد ، كما يرجع إلى هذه القواعد فى خلو الإرادتين من عيوب الرضاء ويشترط أن يكون كل من الدائن المرتهن والراهن أهلا لمباشرة عقد الرهن الرسمى . ولم يعرض المشرع لأهلية الدائن المرتهن ، فوجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن الرهن

(١) أوبرى ورو ٣ فترة ٢٦٦ ص ٣٨٤ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فترة ٤٢٥ - مازو ٣ ص ٢٣١ .

(٢) شفيق شحاتة فترة ٥٩ ص ٦٠ - جمال الدين زكى ص ٢٥٧ - منصور مصطفى منصور فترة ٢٨ ص ٧٣ .

الرسمى بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فيعتبر الرهن صحيحاً غير قابل للإبطال إذا كان الدائن المرتهن صبياً مميزاً أو كان في حكمه كالمجنور عليه للسفه أو للغفلة^(١) . أما بالنسبة إلى الراهن ، فقد قضت المادة ٢/١٠٣٢ مدني بأنه يجب أن يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون ، إذ الرهن الرسمى يعتبر من أعمال التصرف بالنسبة إلى الراهن وهو تصرف جزئى في العقار^(٢) . وعلى ذلك لا يصح الرهن الرسمى الصادر من الصبي المميز ، حتى لو بلغ الثامنة عشرة وإذن له في إدارة أمواله بما في ذلك العقار^(٣) . وعقد الرهن الرسمى يعتبر من أعمال التصرف للدائرة بين

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٧ ص ٢٩٥ - محمد حل إمام فقرة ١٤٢ ص ٢٢٤ - جمال الدين زكى ص ١٦٧ - سليمان مرقس فقرة ٢٢ ص ٣٢ - أحمد سلامة فقرة ٢٣ ص ٧٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ ص ٢٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٠ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن الرسمى كالرهن الحيازى يعتبر بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، حل أساس أن الارتهان استيفاء للدين من ربه ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة . فيجب أن يكون الدائن المرتهن أهلاً أهلية كاملة ، ويكون العقد قابلاً للإبطال إذا كان صبياً مميزاً أو كان في حكمه (شفيق شحانة فقرة ٧٨ ص ٧٥ - ويقول إن الرهن الرسمى كالرهن الحيازى مؤداه استيفاء الدائن لدينه من المدين ولا يؤثر انتقال الحيازة أو عدم انتقالها في هذا المعنى : ص ٧٥ هامش ٣) . ويقال في نقد هذا الرأى إن الشريعة الإسلامية لا تعرف الرهن الرسمى ، فلا يصدق اعتبار الارتهان استيفاء للدين بما يترتب عليه من اعتباره تصرفاً دائراً بين النفع والضرر إلا على الرهن الحيازى وما يستتبعه من انتقال الحيازة إلى الدائن . أما الرهن الرسمى فليس استيفاء ، وإنما هو استيثاق فحسب (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ - سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٣٢ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ هامش ١) .

(٢) ديلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ . سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٣٨١ - محمد حل إمام ص ٢٣٥ - أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ - =

النفع والضرر إذا كان صادراً من المدين الراهن ، لأنه يرهن عقاره وفاء
لالتزام عليه . وعلى ذلك يعتبر الرهن الصادر من الصبي المميز أو من في
حكمه ، إذا كان هو المدين ، قابلاً للإبطال . أما إذا كان الرهن
الرسمي صادراً من كفيل عيني ، فهو بحسب الأصل متبرع ، فيكون رهن
الصبي المميز ومن في حكمه باطلاً . وذلك ما لم يتبين أن الصبي المميز ومن
في حكمه قدم الرهن بمقابل إما للمدين أو للدائن المرتهن ، فيكون الرهن في
هذه الحالة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ويكون قابلاً للإبطال
وليس يبطل^(١) .

ومحل عقد الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني على عقار مملوك للراهن ،
لضمان الوفاء بالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره . فدراسة
محل الرهن الرسمي سيأتي الكلام فيها مفصلاً فيما يلي ، عند الكلام في
تخصيص الرهن .

بقي السبب في عقد الرهن الرسمي . ويبدو أن السبب في هذا العقد هو
ضمان الدين ، ولهذا قد رضى صاحب العقار المرهون ، سواء كان هو
المدين أو كان كفيلاً عينياً ، بإقامة رهن رسمي على عقاره . فيجب إذن
أن يكون هناك دين مضمون قد نشأ صحيحاً ، ثم بقي قائماً إلى حين انعقاد
الرهن^(٢) . ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون منجزاً ، فيجوز أن

ص ٢٢ - وهناك رأى ينحى إلى أن الصبي المميز المأذون له بالإدارة له أن يرهن عقاره رهناً
رسمياً ضماناً للوفاء بالتزاماته الناتجة عن إدارة أمواله (شفيق شحاتة فقرة ٧٧ ص ٧٤ -
هد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) . ولكن المقصود في هذا القول هو مباشرة
التصرفات الملحقه بأعمال الإدارة ، كشراء الأسهم وبيع المصول أو رهنه (منصور مصطفى
منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٦ - عبد النعم فرج الصدة فقرة ٢٥
ص ٢٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ - ص ٢٣ .

(٢) ويعتبر الرهن قابلاً للدين المضمون ، فيسير معه (جيوار ٢ فقرة ٦٢٣ - لوران
٣٠ فقرة ١٧٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٢ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ٢ =

يكون معلقاً على شرط أو مستقبلاً أو احتمالياً . وعلى ذلك يجوز تقرير الرهن ضماناً لقرض لم يتم تنفيذه ، أو لاعتماد مفتوح ، أو لحساب جار ، ويجب على كل حال أن يكون الدين المضمون بالرهن معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحلّه ومقداره ، فلا يجوز الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من ديون للمرتهن^(١) . ويجب على الأقل أن يعين الحد الأقصى للدين في الاعتماد المفتوح وفي الحساب الجارى ، وإذا عين ميعاد يقفل فيه الاعتماد المفتوح أو الحساب الجارى لم يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه ، وتكون مرتبة هذا الرهن من يوم قيده لا من يوم تحقق الدين (م ١٠٤٠ مدني)^(٢) .

١٣٢ - فظة البحث : ولا نقف فيها تقدم إلا على المسائل التي هي

في صميم عقد الرهن الرسمي ، تاركين ما عدا ذلك من البحوث التي يشترك فيها الرهن مع سائر العقود . فنبحث أمرين : (١) الراهن وملكيته للعقار المرهون ، وأهليته للتصرف فيه . (٢) تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ، ومن حيث الدين المضمون .

= فقرة ١٦٦٠ - بيدان وثواران فقرة ٢٠٣) . وعلى ذلك يفترض الرهن الرسمي قيام التزام صحيح وجد الرهن لضمان الوفاء به ، فإذا كان هذا الالتزام باطلاً أو قابلاً للإبطال أو للنقض كان الرهن مثله (نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سبريه ١٩٣١ - ١ - ١٠٧) . وينتقل الرهن مع الالتزام المضمون إلى الخلف العام أو الخلف الخاص - بودري ودی لوان ٣ فقرة ١٩٣٣) ، وكذلك ينتفى الرهن بانقضاء الالتزام المضمون (پلانيول وريبير وبيكه ١٢ فقرة ٢٢٠) .

(١) سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يولييه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ - سليمان مرقس فقرة

المطلب الأول

الراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته للتصرف فيه

١٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٢ مدني على ما يأتي :

- « ١ - يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً أصلحة المدين .
 « ٢ - وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وأهلاً للتصرف فيه »^(١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٨٢/٥٥٨^(٢) .

ويقابل في التسنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١٠٧٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٨٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٨^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٢٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢ - ص ١٣) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٨٢ / ٥٥٨ : لا يصح رهن العقار عن لم يكن أهلاً للتصرف . (وفي التقنين المدني السابق رهن عقار ملك الغير كرهن العقار المستقبل ، كلاهما باطل . أما في التقنين المدني الجديد ، فإن الرهن الأول قابل للإبطال ، والرهن الثاني باطل) .
 (٣) التسنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١٠٧٩ : يشترط فيمن يعقد التأمين الرضائي أن يكون حائزاً على أهلية التصرف بالعقار ، أو بالحق المعقود عليه التأمين .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٨ : لا يعقد بالتأمين الرضائي إلا من كان له الأهلية بأن يتصرف بالعقار أو بالحق الذي يخضمه لتأمين .

والأصل يكون الراهن هو نفس المدين . يرتب رهناً رسمياً على عقار مملوك له تأميناً للوفاء بدين في ذمته . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون المدين والراهن شخصين مختلفين . فيرتب الدين في ذمة المدين . ويرتب شخص آخر على عقار مملوك له رهناً رسمياً تأميناً للمدين . وفي هذه الحالة ، كما سبق القول . يسمى الراهن كفيلاً عينياً . لأنه يكفل الدين ولكن في حدود العقار الذي رتب عليه الرهن الرسمي .

وسواء كان الراهن هو المدين نفسه كما هو الغالب أو كان كفيلاً عينياً ، فالأمر بالنسبة إليه لا يتغير إلا في قليل من المسائل سيأتى ذكرها . ويجب أن يكون الراهن في الحالتين مالكاً للعقار المرهون . وأهلاً للتصرف فيه .

§ ١ - ملكية الراهن للعقار المرهون

١٣٤ - وجوب أنه يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون : يجب أن يكون الراهن كما قدمنا مالكاً للعقار المرهون ، لأنه برهنه لهذا العقار يتصرف فيه ولو تصرفاً جزئياً ، ويجب أن يكون من يتصرف في عقار مالكاً له ، إلا إذا كان مفوضاً في رهنه .

ومنى كان الرهن هو المالك للعقار المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه^(١) إذا كان كامل الأهلية كما سيأتى . فإذا لم يكن كامل الأهلية ،

(١) ويعتبر الراهن مالكاً للعقار المرهون إذا كان وقت رهنه يملكه تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، فيكون رهنه في هذه الحالة صحيحاً ولكن مصير الرهن يتوقف على نتيجة الشرط . فإذا كان الشرط فاسخاً وتحقق ، فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعى ويعتبر غير مالك للعقار من أول الأمر فيعتبر رهنه كأن لم يكن . وإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن للراهن يصب مالكاً له وجه بات ، وكذلك يكون رهنه باتاً ، وإذا لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر غير مالك للعقار المرهون من أول الأمر ، ويعتبر رهنه كأن لم يكن - بعدم تحقق الشرط الواقف .

ولما كان عقد بيع الوفاء جائزاً ، فقد كان البائع للعقار مالكاً تحت شرط واقف ، وكان =

جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهنه بالشروط التي رسمها القانون لذلك وسيأتي ذكرها .

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن عقاره ، وقد سبق الكلام في التوكيل في الرهن الرسمي وبيننا أن التوكيل يجب أن يكون في عقد رسمي وإلا كان باطلاً^(١) .

وقد يكون الراهن غير مالك للعقار المرهون الموجود حالا ، فإذا رهنه كان الرهن قابلاً للإبطال . أما إذا كان العقار مالا مستقبلاً ، فالراهن لا يستطيع أن يرهنه ويكون رهنه في هذه الحالة باطلاً . وإذا كان المالك الظاهر للعقار هو الذي يتصرف فيه بالرهن الرسمي ، كان رهنه صحيحاً . ورهن المشتري للعقار قبل التسجيل يكون قابلاً للإبطال ، فإذا ما سجل انقلب الرهن صحيحاً . ويجوز للوارث أن يرهن العقار الموروث ، بشروط معينة . وإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ورهنه بحسن نية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، كان الرهن صحيحاً حتى لو تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكية الراهن أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التي تنب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .

المشتري مالكا تحت شرط فاسخ . وكان لكل منهما أن يرهن العقار رهناً رسمياً ، ويكون حكم الرهن هو ما قدمناه .

انظر في ذلك بيدان وثواران فقرة ٣٧٩ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٧٠ - دي هلتس في الرهن الرسمي فقرة ٣٣ - جرانمولان فقرة ٣١١ - مد كامل مرسى فقرة ٣٧ - سليمان مرقس فقرة ٤٤ - استئناف غنطس ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥ .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٩ .

فيجب إذن أن نبحث المسائل الآتية : (١) رهن ملك الغير . (٢) رهن الملك المستقبل . (٣) رهن المالك الظاهر . (٤) رهن المشتري للعقار قبل أن يسجل عقد شرائه . (٥) رهن الوارث قبل سداد ديون التركة . (٦) رهن من تقرر بعد الرهن بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . (٧) رهن الملك الشائع .

١٣٥ - رهن ملك الغير - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من

المادة ١٠٣٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « بورقة رسمية » . ورأت لجنة المراجعة جعل المادة فقرتين تبدأ الثانية منها بعبارة « وإذا لم يصدر » ، مع حذف كلمة « أما » السابقة لهذه العبارة ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد إدماج الفقرتين فى فقرة واحدة للارتباط الوثيق بينهما ، تحت رقم ١١١٤ . وأسألت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « بورقة رسمية » لأن الزمن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر . وكان بعض مستشارى محكمة النقض قد اقترح حذف النص ، حتى يكون بطلان الرهن الرسمى الصادر من غير المالك بطلاناً مطلقاً . ولكن الحكومة أجمعت بأن التقنين السابق يجعل بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً ورهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً والواحد توحيد الحكم ، وقد اقتبس نص مشروع التقنين الإبطالى الذى يجعل رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً . فرأت اللجنة رفض اقتراح مستشارى محكمة النقض ، لأن إلغاء النص يوجد الشكوك الذى كان قائماً فى التقنين السابق ، ويجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال فى حين أنه يجعل رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً . فأزال المشروع هذا الشكوك بجعل الحكم واحداً فى الحالتين ، وفى هذا تيسير للمعاملات =

ورهن ملك الغير هو غير رهن المال المستقبلي . إذ أن رهن ملك الغير هو رهن لعقار لا يملكه الراهن . وإنما يرهنه عادة لاعتقاده أن المالك سيقمر الرهن بورقة رسمية ، أو لأنه سيسعى حتى يصبح العقار مملوكاً وعند ذلك يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبلي فهو رهن لا يملكه الراهن أيضاً . ولكن يرهنه مع ذلك لاعتقاده أنه سيملكه بطريق ما كطريق الميراث أو طريق الوصية . وهو لا يرهن عقاراً معيناً بالذات كما يفعل في رهن ملك الغير . وإنما يرهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فيكون الرهن باطلاً لا قابلاً للإبطال لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « الراهن ، سواء أكان المدين أم كان كفيلًا عينياً . يجب أن يكون مالكاً للعقار المرهون ، وأن تتوافر فيه أهلية التصرف . لأن الرهن من عقود التصرفات . فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ، وقد انحرف المشروع في هذا الحكم عن التقنين الحالي (السابق) (م ٥٦٣ / ٦٨٧) الذي يجعل رهن الأموال المستقبلية باطلاً بطلاناً مطلقاً دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين . وقد أراد المشروع جعل الرهن في العقار المعين غير المملوك للراهن باطلاً بطلاناً نسبياً أن يوحد في الحكم ما بين بيع ملك الغير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهناً رسمياً (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م ١٥٣١ / ٢ من المشروع) ، لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع . وفي هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد

إذ يحصل في العمل أن شخصاً يرهن ملك غيره ثم يقرر المالك هذا العمل . وأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٠٢٢ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ - ص ١٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

من تقرر البطلان لمصلحته (المشتري أو الدائن المرتهن) ، كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن . وإذا كان العقار المرهون مستقبلاً معيناً بالذات وغير مملوك لراهن ، فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً . أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات . واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار . فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . ولم ير المشروع إدخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد في التشريع الفرنسي (انظر م ٢١٣٠ - ٢١٣١ من هذا التقنين)^(١) .

ونتكلم هنا في رهن ملك الغير رهناً رسمياً . لا في رهن المال المستقل . ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي لم يرد فيه نص في هذا الموضوع . ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى أن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . ولم يكن هناك نص صريح في هذا المعنى في التشريع المدني المصري السابق . فكان الفقه والقضاء في مصر يتبعان الفقه والقضاء في فرنسا ويذهبان إلى أن الرهن الرسمي في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . ولكن التقنين المدني المصري الجديد ميز ما بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقل ، فجعل الأول قابلاً للإبطال والثاني باطلاً . فنستعرض هذه التقنيات الثلاثة . وبوجه خاص التقنين المدني المصري الجديد .

١٣٦ - رهن ملك الغير في التقنين المدني الفرنسي : يجب . حتى

يكون الرهن الرسمي صحيحاً في التقنين المدني الفرنسي . أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أو صاحباً للحق العقاري الذي يرهنه . وقد نصت المادة ١/٢١٢٩ من هذا التقنين على أنه لا يوجد رهن رسمي اتفاق صحيح إلا ما ينشئه المدين على عقاراته ، ثم تضيف المادة ٢/٢١٢٩ أن الأموال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤ - ص ١٥ .

المستقبل لا يجوز رهنها رهناً رسمياً ، وهذا النص الأخير يمنع رهن الأموال المستقبلية رهناً رسمياً سواء كان العقار غير معين أو كان معيناً^(١) .

ويذهب القضاء والفقه في فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهناً سميّاً هو بطلان مطلق لا بطلان نسبي ، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار فيما بعد ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهّن العقار إلا بعد أن يملكه ومن وقت أن يملكه^(٢) .

ولما كان بطلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون بطلاناً مطلقاً ، جاز أن يتمسك به مالك العقار المرهون نفسه وخلفه^(٣) . كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة في ذلك ، فيتمسك به الدائنون الشخصيون للراهن^(٤) ، وكذلك الغير الذي باع له الراهن أو وهب أو رهن العقار الموهوب بعد أن أصبح هذا العقار ملكاً له^(٥) .

(١) جيوار ٢ فقرة ٩٣٧ - فقرة ٩٣٨ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٤ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٤ - فقرة ١٣٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٦٧٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٣٢٧ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٣٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٣ مكرر - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٦ وفقرة ١٣٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٦٧٥ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٩ - بيدان وثواران فقرة ٧٨١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٤ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ هامش ٧ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١١ .

(٤) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ .

(٥) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ وهامش ٨ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٦٧٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

ويعتبر الفقه والقضاء في فرنسا بين رهن ملك الغير رهنًا رسميًا وهو باطل وبين ملك الغير وهو قابل للإبطال (م ١٥٩٩ مدني فرنسي) ، فلا يجوز أن يتمسك بقابلية بيع ملك الغير للإبطال إلا المشتري ، وتزول هذه القابلية للإبطال إذا أتم المالك البيع أو أصبح البائع مالكا للعقار المبيع^(١) .

١٣٧ - رهن ملك الغير في التقنين المدني المصري السابق : سار

الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، في الطريق الذي سار فيه الفقه والقضاء في فرنسا فيما يتعلق ببطان رهن ملك الغير رهنًا رسميًا . فكانا يقضيان بأن هذا الرهن الرسمي يكون باطلا ، وكانا يستندان في ذلك إلى نصين في التقنين المدني السابق لا يعرضان بالذات إلى رهن ملك الغير ، فكانت المادة ٦٨١/٥٥٧ تنص على أنه « لا يستبر رهن العقار إلا بموجب عقد رسمي . . . بين الدائن ومالك العقار تأميناً لوفاء الدين » . وكانت المادة ٦٨٧/٥٦٣ تنص على أن « رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل » . فالنص الأول يقضي بأن من يرتب الرهن على عقار يجب أن يكون مالكا لهذا العقار ، ويقضي النص الثاني ببطان الرهن الذي يصدر من شخص لا يملك العقار المرهون ولو اعتقد الراهن أن هذا العقار ستؤول ملكيته إليه في المستقبل . فكان الفقه والقضاء يجعلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون باطلا بطلاناً مطلقاً ، لا فرق في ذلك بين عقار معين بالذات مملوك للغير وعقار غير معين بالذات سيؤول إلى الراهن في المستقبل^(٢) . والذي حل الفقه والقضاء في مصر على هذا

(١) نقض فرنسي ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٤٢٤ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٩٧ - پلانزول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

(٢) دي هلتس في الرهن الرسمي فقرة ٣٠ - ج رانمولان فقرة ٣٠٩ - استئناف غنط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ .

النهج تقليدهما للفقهاء والقضاء في فرنسا ، كما سبق القول .
وقد أغفلت محكمة الاستئناف المختلطة . أنه لا يوجد فرق بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً وبيع ملك الغير . إذ كانت تقضى بأن بيع ملك الغير^(١) قابل للإبطال لا باطل . وإذا كانت قد قضت في أول عهدها بأن رهن ملك الغير رهناً رسمياً يجب اعتباره قابلاً للإبطال لا باطلاً . قياساً على بيع ملك الغير^(٢) . إلا أنها هجرت هذا الحكم وجنحت إلى اعتبار رهن ملك الغير رهناً رسمياً باطلاً بطلاناً مطلقاً على النحو الذي رأيناه^(٣) .

١٣٨ — بطاوة بيع ملك الغير في التقنين المدني المصري الجديد :

رأينا فيما تقدم^(٤) أن التقنين المدني المصري الجديد أراد أن يسوى بين حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، فجعل كلا منهما قابلاً للإبطال لا باطلاً . وقد أورد من النصوص ما هو صريح في هذا المعنى .

ففي البيع ، نص في المادة ٤٦٦ على أنه « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر

— بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها إلى أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً غير موجود (*inexistant*) ، لأن النص الفرنسي للمادة ٦٨١ من التقنين المدني المختلط يقول :
"Le droit d'hypothèque n'existe que quand il a été stipulé .. contre le créancier et le propriétaire"
(١) وإلى هذه الحجة يضيف الأستاذ سليمان مرقس حجتين أخريين : (١) إن المادة ٥٥٧ / ٦٨١ من التقنين المدني السابق إنما قررت بطلان الرهن الرسمي بطلاناً مطلقاً جزاء لعدم تحريره في عقد رسمي ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد أن يجعل هذا البطلان جزاء لعدم ملكية الراهن للعقار المرهون أيضاً . (ب) إن المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ ، عندما جمعت الرهن الرسمي باطلاً ، قررت ذلك جزاء لمخالفته مبدأ تخصيص الرهن ، أما إذا رهن شخص عقاراً معيناً قبل أن يملكه فإن علة البطلان هنا تكون منعدمة لأن مبدأ تخصيص الرهن في هذه الحالة لا يختل (سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦١) .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللي على المادة ٣٣٣ نبذة ١ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

كذلك لو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد .
ونص في المادة ٤٦٧ على أنه « ١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . ٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

وفي الرهن ، رأينا^(١) أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ تنص على أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون . فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » .

وهذه النصوص صريحة في أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه هو نفس حكم بيع ملك الغير ، كلاهما قابل للإبطال لا باطل . فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً ، فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال ، سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أو كان يعلم ، وسواء كان الدائن المرتهن لا يعلم كذلك أو يعلم . ففي جميع هذه الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلاً للإبطال لا باطلاً ، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطالب بإبطال الرهن . فيبطل . وكذلك يجوز للمرتهن أن يجيز عقد الرهن الرسمي ، فيصبح هذا العقد صحيحاً بإجازة الدائن له . ولكن ليس معنى ذلك أنه يسرى في حق مالك العقار الحقيقي ، فإن هذا يبقى أجنبياً عن العقد لا صلة له به . وعلى ذلك حتى لو أجاز الدائن المرتهن العقد ، فليس معنى ذلك أن حق الرهن الرسمي ينشأ لمصلحته ، بل إن هذا الحق لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الحقيقي

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

عقد الرهن بورقة رسمية^(١) ، أو إذا أصبح الراهن مالكا للعقار المرهون ومن وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهنا رسمياً ، كبيع ملك الغير ، ينشأ أولاً قابلاً للإبطال . وفي هذه الفترة يبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق النالك الحقيقي . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازه ، فإنه ينقلب صحيحاً فلا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله ، ولكنه لا ينشئ حق رهن رسمي لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز في هذه الحالة للدائن المرتهن أن يطلب فسخ العقد ضد الراهن ، فإذا فسخ العقد زال بأثر رجعي . ويجوز كذلك أن يقر للمالك الحقيقي العقد ، وعند ذلك لا يصبح العقد صحيحاً فحسب ، بل أيضاً ينشئ حق رهن رسمي من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك ينشئ العقد ، وقد أصبح صحيحاً كما قدمنا ، حق رهن رسمي لمصلحة الدائن المرتهن ، ولكن من وقت انتقال ملكية العقار المرهون إلى الراهن .

ونحن فيما قدمناه إنما نقيس رهن ملك الغير رهناً رسمياً على بيع ملك الغير ، وننقل أحكام الثاني إلى الأول في غير عناء^(٢) . ويبقى بعد ذلك أن نؤصل تقابلية رهن ملك الغير رهناً رسمياً للإبطال ، بعد أن سبق أن أصلنا ذلك في بيع ملك الغير^(٣) . وتأصيل التقابلية للإبطال واحد في بيع ملك الغير

(١) وقد رأينا فيما تقدم (انظر آنفاً فقرة ١٣٥ في الهامش) أن لجنة مجلس الشيوخ خافت عبارة « بورقة رسمية » لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فن الواجب أن ينسحب هذا الحكم هل إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر .

(٢) انظر مع ذلك فيما يوجهه بعض الفقهاء من انتفاء حكم التقابلية للإبطال لرهن ملك الغير ومصدر هذا الحكم من الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير : شمس الدين الأوكيل فقرة ٤٠ ص ٨٨ - ص ٩٤ .

(٣) الوسيط : فقرة ١٥٥ - فقرة ١٥٨ .

وفي رهن ملك الغير رهناً رسمياً ، فالبيع والرهن من أعمال التصرف ،
فالتأصيل يكون واحداً في الحالتين .

وهناك نظريتان لتأصيل القابلية للإبطال في كل من الحالتين ، قال
بإحداهما الأستاذ سليمان مرقس ، وقال بالنظرية الثانية الأستاذ شفيق شحاتة .

قال الأول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً
لاستحالة المحل استحالة مطلقة ، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول
العقد الباطل . فيتحول بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من
بيع ناقل للملكية فوراً أو من رهن منشيء لحق الرهن فوراً إلى بيع أو رهن
منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف
إلى ذلك لو علم أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب انعدام الملكية . وانصراف
نية البائع أو الراهن المحتملة إلى تحول العقد على هذا النحو مفروض فرضاً غير
قابل لإثبات العكس ، أما انصراف نية المشتري أو الدائن المرتهن إلى ذلك
فمفروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري أو الدائن المرتهن
بإبطال البيع أو الرهن فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول^(١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين : (أولاً) القول بأن بيع ملك الغير أو رهن
ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض مع نص صريح من
نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن
بيع ملك الغير ورهن ملك الغير كلاهما قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً .
(ثانياً) والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشيء لالتزامات
يتعارض مع نظرية التحول المعروفة ، فهذه تقتضي أن نية المتعاقدين كانت
تنصرف وقت العقد إلى العقد الجديد لا إلى العقد الباطل ، ونية المشتري
أو الدائن المرتهن تستعصى على هذا التأويل . فإما أن تكون هذه النية قد
انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس ،

(١) سليمان مرقس ، نكرة ٤٣ ص ٦٦ - ص ٦٧ .

وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أو للدائن المرتهن أن يطلب إبطال البيع أو الرهن . أو ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع أو الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح (١) .

وقال الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني » ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً ... والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معنوم الأثر كما كان . وقد أخضع القانون المدني الجديد عقد الرهن الصادر من غير مالك لحكم بيع ملك الغير . . . وينبغي على ذلك أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقداً موقوفاً ، لا صحيحاً ولا باطلاً . ولو تم قيد الرهن بناء على العقد ، فإن أثر القيد يظل متوقفاً هو الآخر على الإقرار . ولا ينشأ الرهن إلا إذا أقره المالك الحقيقي ، أما إذا لم يقره فإن الرهن لن يتحقق له وجود » (٢) . ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي : (أولاً) لو كان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير موقوفاً ، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي . ولكن كلا من العقدين ينتج أثره في الحال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري أو الدائن المرتهن إبطاله . ثم إن المشتري والدائن المرتهن يملك كل منهما الإجازة ، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٦ .

(٢) شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ٩٢ - فقرة ٩٣ .

إلا المالك الحقيقي . (ثانياً) نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري نقلاً عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدني) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بالفقه الإسلامي في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من ذلك . أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل كلا من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح^(١) .

وكما قلنا في بيع ملك الغير ، نقول هنا أيضاً إنه لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء في تأصيل رهن ملك الغير ، إلا أن نلمس العلة في هذا البطلان ، فهي منافاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . إذ أن سبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للإبطال لا كاشف عنه ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للإبطال . بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للنسخ ، كما قيل ذلك في إيجار ملك الغير حيث لا يوجد نص يقرر الإبطال . فلا بد إذن من القول بأن جواز إبطال رهن ملك الغير ، كجواز إبطال بيع ملك الغير ، هو إبطال خاص لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة^(٢) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٤٧ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

١٣٥ - رهـن المـلك المـستقبـل - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدني على ما يأتي :

« ويقع باطلا رهن المال المستقبلي » (١).

وقد سبق أن بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبلي ، فإذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن (٢).

وعلة بطلان رهن المال المستقبلي بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلاً للإبطال لا باطلاً . ولكن العلة هي عدم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً ، فيكون بطلان رهن المال المستقبلي هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص . وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبلي (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « يكون الرهن باطلاً إذا وقع على أموال مستقبلية ، ما لم يكن العقار المرهون معيناً بالذات ، ففي هذه الحالة تسري أحكام المادة ١٤٤٠ » . وقررت لجنة المراجعة حذف هذه المادة . ولكن مجلس النواب أضاف فقرة جديدة (إلى المادة ١٠٣٣ مدني) ضمنها حكم رهن المال المستقبلي ، على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، حتى يظهر الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبلي فالأول قابل للإبطال والثاني باطل ، وذلك تحت رقم المادة ٢/١١١٤ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠٣٣ / ٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ - ص ١٧) .

ويتناول النص في التقنين المدني السابق م ٥٦٣ / ٦٨٧ : رهن اتقاراته التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) بيدان وثواران ٢ فقرة ٨٠٨ .

وعلى ذلك يجب قصر رهن المال المستقبل على الأحوال التي يكون فيها العقار المرهون غير معين تعييناً كافياً ، أما إذا كان العقار معيناً تعييناً كافياً فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال لأنه يكون رهناً لملك الغير^(١) .

فرهن ما لا يملكه الراهن إنما يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن العقار المرهون غير معين ، لا لأنه غير مملوك للراهن^(٢) . فلا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً رهن العقار المعين بالذات ، ولو لم يكن مملوكاً للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه حسب تقديره من عقار ، كان هذا رهناً لمال مستقبلي وباطلاً بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات ، وقصد أن يكون الرهن فوراً ، وكان لا يملك العقار المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال .

١٤٠ - رهن المالك الظاهر : المالك الظاهر للعقار المرهون ليس

بمالك حقيقي له ، ومن ثم يكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . ولو أننا طبقنا في هذا الصدد قاعدة إبطال رهن ملك الغير ، لوجب اعتبار الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلاً للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي ، ولحاز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن . ولو أنه لم يطلب ذلك بل لو أجاز عقد الرهن الرسمي ، لما أنتج هذا العقد حق رهن للدائن المرتهن ، ما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى المالك الظاهر . ولكن الرهن الرسمي الصادر من المالك الظاهر لا تنطبق عليه هذه القواعد ، لأن المالك الظاهر وإن كان غير مالك حقيقي يظهر أمام الناس أنه هو المالك . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة ، وسمح للغير بحسن النية الذي ارتهن

(١) سليمان مرقس فقرة ٣١ ص ٤٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٥ - سليمان مرقس فقرة ٣١ ص ٤٦ .

العقار من المالك الظاهر بالتمسك بهذا الرهن . ونستعرض فئات ثلاثاً لهذا المالك الظاهر ، وهم الوارث الظاهر ، والمالك الظاهر بسند صوري ، والمالك الظاهر كاسم مستعار .

فالرهن الرسمي الذي يربته الوارث الظاهر (أو الموصى له الظاهر) على العقار الذي ورثه ظاهر أ يكون رهناً صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ما دام أنه حسن النية ، أى يعتقد وقت أن تعاقد على الرهن أن الوارث الظاهر هو الوارث الحقيقي للعقار . وله في هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ضد الوارث الحقيقي ، وأن يحتج بالقاعدة التى تقضى بأن الغلط السائع يولد الحق (error communis facit jus)^(١) .

ويختلف المالك الظاهر بسند صوري عن الوارث الظاهر في أن سند ملكية الأول هو عقد صوري يحرر به عادة سند صوري كبيع أو هبة ، في حين أن سند ملكية الآخر هو الميراث وليس حقيقياً . ولكن المالك الظاهر بسند صوري كالوارث الظاهر معروف بين الناس أنه هو المالك للعقار المرهون ، ولذلك يصح تعامله مع الغير إذا كان هذا الغير وقت التعامل يعتقد بحسن نية أنه تعامل مع المالك الحقيقي للعقار . فإذا باع شخص لآخر

(١) نكسر فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ والأوز ١٩٠٠ - ١ - ٣٣ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى داليه ١٩٤٠ - ٢ - ١٥٠ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ الأسبوع القضائى ١٩٤٦ - ٢ - ٣١٢٥ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٣٠٣ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٠ - چوسران ٢ فقرة ١٩٩٠ - بيدان وثواران فقرة ٧٨٠ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً شمس الدين الوكيل فقرة ٤٦ ص ١٢٦ - ص ١٣١ - وانظر مع ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ ص ٧٣ - ص ٧٤ (ويذهب إلى عدم جواز الاحتجاج بتصرف الوارث الظاهر على الوارث الحقيقي لصدوره من غير مالك) - عز الدين عبد الله في حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصرى ص ٣٠٨ (ويستبعد الأخذ بنظرية الوارث الظاهر لأنها نظرية مجهولة في القضاء المصرى) .

عقاراً بعقد صوري ، واحتفظ بورقة ضد (contre-lettre) هي العقد الحقيقي الذي يثبت أن عقد الشراء الذي يوجد عند المشتري ليس إلا عقداً صورياً ، فإن المشتري يعتبر مع ذلك في نظر الناس أنه قد اشترى العقار ، وأنه قد ملكه إذا كان قد سجل عقد الشراء . فمن يتقدم إلى هذا المشتري ليتعامل بحسن نية معه في العقار . كأن يرثيه منه . يجب أن يحمي وإن كان قد ارتهن العقار من غير مالك . ولا يجوز تطبيق قواعد رهن ملك الغير في هذه الحالة ، بل يجب اعتبار الرهن صحيحاً كأنه صادر من المالك . وقد نصت المادة ٢٤٤ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص . متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري . ٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأوليين » . ونرى من ذلك أن المالك الظاهر بسند صوري من حق الناس حسن النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقي ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس ، فإذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صوري ، كان الرهن صحيحاً كما قدمت ، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ، لا قبل المالك الظاهر وحده . بل أيضاً قبل المالك الحقيقي ومن تعامل معه . فإذا رهن المالك الحقيقي العقار ، ولو لشخص حسن النية ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يصح رهنه^(١) .

بقي الاسم المستعار ، وهذا أيضاً مالك ظاهر وليس بمالك حقيقي . فإذا

(١) نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٧ - ٤ - ٣٤٢ - ٢٠ يولييه سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ١٢ - أول مايو سنة ١٩٣٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ - ١٧٥٠ - بودري ودتي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ - ١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٧٣ - كولان وكايتتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٥٠ - سمير تناغر فقرة ٢٢ ص ٧٠ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ وهامش ٢٥ مكرر .

أعطى شخص لآخر توكيلاً لشراء منزل له ، فاشترى الوكيل باسمه هو لا باسم موكله متفقاً معه على ذلك ، فإن الوكيل يصبح مالكا للمنزل أمام الناس . وهو اسم مستعار (prête-nom) لا مالك حقيقي . فإذا تعامل معه شخص حسن النية يعتقد أنه هو المالك ، وارتهن منه المنزل ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، وبستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقي ومن يخلفه لنفس الاعتبار التي ذكرناها (١).

ولكن مالك العقار يستطيع . إذا باعه ولم يسجل البيع ، أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكا له ، ويكون الرهن صحيحاً إذا قيد قبل أن يسجل البيع (٢) .

١٤١ - رهن المشتري للعقار قبل تسجيل عقد شرائه : وإذا اشترى شخص عقاراً ولم يسجل عقد الشراء ، فإن ملكية العقار لا تنتقل إليه لعدم التسجيل . فإذا رهن المشتري العقار قبل التسجيل ، فإن الرهن يعتبر صادراً من غير مالك ، ويكون قابلاً للإبطال باعتباره رهناً لملك الغير (٣) .

(١) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٩٦ - ٣٣ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١١٤ - ١٢ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٧٢ - ولكن انظر نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٢٥٩ - ون الرأي السائد بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ - ١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٢٩٥ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ .

(٣) وقد كان عقد الرهن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً قبل التقنين المدني الجديد ، لأن رهن ملك الغير كان يعتبر باطلاً في عهد التقنين المدني السابق كما قدمنا (انظر استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٧) . وإذا سجل الراهن عقد شرائه ، فإن هذا التسجيل لا يجوز للدائن المرتهن التمسك برهنه وقبده حتى من تاريخ هذا التسجيل (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٨ - ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤) .

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال العقد فيعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز لهذا الدائن أن يطلب فسخ عقد الدين إذا كان الرهن شرطاً جوهرياً فيه . ويجوز أيضاً ، إذا أقر مالك العقار (وهو البائع له قبل تسجيل البيع) الرهن ، أن ينقلب عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ حق الرهن لصالح الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً ، إذا سجل المشتري عقد شرائه فأصبح مالكا للعقار . أن يصبح عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ الرهن لصالح الدائن المرتهن من وقت صيرورة المشتري مالكا ، أى من وقت تسجيل عقد الشراء (١) .

١٤٢ - رهن الوارث قبل سداد ديونه التركة : وقد نص قانون

الشهر العقاري (م ١/١٣) على وجوب شهر حق الإرث ، وإلى أن يتم هذا الشهر لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من حقوق التركة . وأوجب قانون الشهر العقاري (م ٢/١٤) التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل حق الإرث ، وجعل هذا التأشير بالدين يحتاج به من تاريخ حصوله ، إلا إذا تم فى خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث فيكون عندئذ للدائن أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التسجيل .

وعلى ذلك إذا لم يسجل الوارث حق إرثه ، ورهن عقاراً فى التركة ، لم يجوز للدائن المرتهن أن يقيد حق الرهن . فلم يعد للرهن أثر بالنسبة إلى الغير .

أما إذا سجل الوارث حق إرثه ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يقيد حق الرهن . ويحتاج به على الوارث ودائنيه وعلى دائنى التركة إذا أشر هؤلاء الدائنون بحقوقهم بعد سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه . أما إذا

(١) انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٥ .

أشروا بحقوقهم في خلال سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه ، فإنهم يتقدمون بديونهم العادية على الدائن المرتهن (١) .

١٤٣ - رهن من تقرر بعد الرهن بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو

إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٤ ملو على ما يأتي :

« يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن (٢) » .

(١) انظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤١ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ويكون صحيحاً كذلك الرهن الصادر من غير المالك ، إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزاً للمعار المرهون منذ خمس سنوات ، حل أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً مقبولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للمعار المرهون » . وفي لجنة المراجعة ، حذفت هذه الفقرة الثانية « لأن حكمها منطوق في مخالفة القواعد العامة لغير مدوغ » ، وأقرت الفقرة الأولى وأصبح رقمها ١١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨ - ص ٢١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق نصراً عديدة هي ما يأتي :

م ٢٧ / ٤٦ : ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالاً غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهين .

م ٥٥ فقرة ثانية / ٧٨ فقرة ثانية : أما الأحكام المتملة بفسخ الملكية في الأمور الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعى أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعاً أو نحو ذلك ، فلا يضر بحقوق من انتقلت إليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهين الحسن النية .

م ٧٩ مكررة / ١٠٧ : بالرغم من القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن للمعار إذا كان -

وهذا النص . وقد حل محل نصوص متعددة متناثرة في التقنين المدني السابق ، كان لا بد من وجوده لأنه يقرر حكماً يخالف الأحكام التي تستخلص من القواعد العامة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المالك ، إذا زال ملكه بأثر رجعي ، يعتبر كأنه لم يكن مالكاً لعقار الذي تصرف فيه ، وزوال ملكيته لهذا العقار بأثر رجعي يجعل تصرفاته في هذا العقار كأنها لم تكن ، وعلى ذلك إذا كان قد رهن هذا العقار رهناً رسمياً اعتبر الرهن كأن لم يكن . فتطبيق القواعد العامة إذن تفصحى بمركز من زالت ملكيته للعقار بأثر رجعي ، وتفصحى كذلك بمركز كل من تصرف له هذا المالك قبل زوال ملكيته ، ويدخل في ذلك الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ومن ثم فإن من يرهن العقار من مالكة ، ثم تزول ملكية هذا المالك عن العقار المرهون بأثر رجعي ، يسقط رهنه هو أيضاً بأثر رجعي . وهذا هو

= حسن النية أن يتسك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس سنوات ، إذا ثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن .

م ١١٨ مكررة / ١٧٦ : نسخ العقد الناقل لملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة .

م ١٣٦ مكررة / ١٩٧ : بطلان المشاركة الباقية تملكية لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة إذا كانوا حتى النية .

م ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ : وفي الحالتين المبيتين في المادة السابقة لا يضر وقوع الشرط الذي يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيني أو من المشتري تحت شرط فاسخ .

م ٢٩٨ / ٣٧٢ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه ، بحيث لو كان هذا العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، كان المشتري مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتخمين المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .

م ٣٣٧ / ٤٢٠ : يسقط حق إقامة الدعوى بالنبن الفاحش بعد بلوغ البائع من الرشد أو وفاته بسنتين ، ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة .

حل القانون الفرنسى ، لا يغير منه أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن الرسمى .

فلما رأى التقنين المدنى المصرى . السابق والحديد . متمشياً فى ذلك مع كثير من التشريعات الحديثة ، أن يجعل الرهن الصادر من مالك رهناً صحيحاً حتى لو زالت ملكية هذا الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى . أوجد النص الخاص بذلك وهو النص الذى نحن بصددده . ويبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة لا بد من توافرها حتى يكون الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعى رهناً صحيحاً ، وهذه الشروط هى :

أولاً - يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمى ، ويجب أن يكون سند هذه الملكية قابلاً للإلغاء بأثر رجعى ، كأن يكون هذا السند قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ أو قابلاً للرجوع فيه أو نحو ذلك . أما أن يكون سند هذه الملكية باطلاً بطلاناً مطلقاً . فهذا لا يجوز . ذلك بأن الراهن يجب أن يكون مالكا للعقار المرهون كما قدمنا . والسند الباطل بطلاناً مطلقاً لا أثر له فلا ينقل الملكية إلى الراهن^(١) . فاذا فرض أن الراهن كان قد اشترى العقار المرهون لسبب غير مشروع . فإن الشراء يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينقل ملكية العقار إلى الراهن . فاذا قرر الراهن بعد ذلك حق رهن رسمى للدائن مرتهن ، فإن هذا الرهن يكون باطلاً أيضاً بطلان البيع ، ولا يكون للدائن المرتهن أى حق على العقار^(٢).

(١) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٣ وهامش ٢ - وانظر عكس ذلك عبد الباسط جيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة على الآلة الكاتبة ص ٣٥٠ .

(٢) كذلك إذا كان المشتري لم يسجل عقده ، ورهن العقار الذى اشتراه ، فإن للرهن يكون قابلاً للإبطال لأنه رهن لملك الغير ، والرهن فى الوقت ذاته لا يكون نافذاً فى حق البائع للعقار . فإذا فسخ الشراء فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يخرج بمقد الرهن فى مواجهة البائع للعقار ، لا لأن الرهن غير صحيح إذ هو قابل للإبطال وليس بباطل ، بل لأنه ليس نافذاً فى حق البائع قبل الفسخ ويبقى كذلك من باب أولى بعد الفسخ (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤) .

ثانياً - يجب أن يكون الدائن المرتهن ، وقت أن أبرم عقد الرهن ، حسن النية . وتقول المادة ١٠٣٤ مدني كما رأينا « إذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ومعنى حسن نية الدائن المرتهن هو ألا يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي ، فإذا كان عنده أى شك في ذلك لم يكن حسن النية . وحسن النية يفترض أصلاً ، فإذا أبرم الدائن المرتهن عقد الرهن افترض حسن النية ، ومع ذلك إذا أثبت الخصم أنه كان أمام الدائن المرتهن سبيل للشك في ملكية الراهن ، بأن كان هذا الراهن مثلاً لا يزال مديناً بالثمن أو ببعضه فإذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع ، كان على الدائن المرتهن أن يثبت أنه لم يكن يعلم أن الراهن لا يزال مديناً بالثمن أو ببعضه^(١) . أما إذا رفع المدعى دعوى إزالة ملكية الراهن بأثر رجعي قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشر المدعى

(١) وإذا كان قد ذكر في سند ملكية الراهن أنه لا يزال مديناً ببعض الثمن ، فكل الدائن المرتهن أن يثبت علمه لليقيني بأن الباقي من الثمن قد دفع ، وإلا كان سبب النية (ثمن الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٨ - ص ١٣٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية التي تقتضيها الحماية التي أرمها المشرع في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني على الدائن المرتهن في حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ، ينبغي متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن ، أو كان في مقدوره أن يعلم ، بأن ملكية الراهن لبعض المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب . واستخلص قاضي الموضوع لدوره النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، إلا من جهة مطابقته لتعريف القانوني لدوره النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمين عقد البيع المسجل - سند ملكية الراهن ، وجود باق من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع ، أن البنك المرتهن كان في مكتة أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ ، وأنه لذلك يعتبر للبنك سوء النية غير جدير بالحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني ، فإن الحكم يكوّن قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدي عقلاً إن ما انتهى إليه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) .

بدعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن^(١) . فإن المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري تفرض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى ، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن . وتقول المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى : « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » . ثم تقضى المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري بأنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذي قيد فيه حق الرهن الرسمي . فإذا كان هذا الوقت سابقاً على التأشير بدعوى المدعى في هامش تسجيل سند الراهن ، كان المفروض أصلاً أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، أى لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعى ، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك في هذا الأمر فعند ذلك يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته . أما إذا كان هذا الوقت لاحقاً لتأشير المدعى بدعواه في هامش تسجيل سند الراهن ، فإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن

(١) ذلك لأن الرهن يجب أن يكون متيداً قبل شهر في صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن ، إذ يعتبر رافع الدعوى من الغير فيجب قيد الرهن حتى يحتاج عليه به (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٨ ص ٢٣١ - محمد علي إمام فقرة ١٥٠ ص ٢٤٤ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٣ ص ٤٦ - أحمد سلامة فقرة ٥٤ ص ١٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢١ ص ٦١ .

المرتهن يعلم برفع الدعوى . فإذا حكم فيها لصالح المدعى ، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن^(١) . ونرى من ذلك أنه يجب الاستعانة بالمادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى فى هذا الصدد ، واعتبار التأشير بدعوى المدعى على الوجه السابق ذكره قبل قيد الرهن الرسمى قرينة قاطعة على علم الدائن المرتهن بهذه الدعوى ثم بالحكم الذى يصدر فيها لصالح المدعى^(٢) .

ثالثاً - يجب أن تزول ، بعد الرهن ، ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى يرتبه القانون . مثل ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بعقد قابل للإبطال لصالح البائع ، فأبطل البائع هذا البيع بعد أن رتب الراهن رهنه . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بثمن لم يسدده كله ، وبعد رهنه طالب البائع بفسخ البيع لعدم دفع الباقي من الثمن وفسخ البيع لذلك . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون جزءاً من عقار شائع ، ثم اقتسم العقار الشائع فأصاب الراهن العقار الذى رهنه ، ثم فسخ عقد القسمة للغبن أو لغير ذلك من الأسباب . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون موهوباً للراهن ثم رجع الواهب فى هبته ، بعد الرهن ، لسبب من أسباب الرجوع . كل هذه الأسباب وغيرها من

(١) وإذا كان الدائن المرتهن يجب أن يكون حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، إلا

أنه إذا تقرر الرهن ضماناً لدين مستقبلي فالعبرة بوقت وجود الدين المضمون بالرهن . أما أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى لو تم هذا القيد قبل وجود الدين ، فهذه الأفضلية استثناء مقرر بنص فى القانون يجب أن يقف عند الغاية المقصودة منه (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٩ هامش ٣ فى التعليل على استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ هامش ٣) .

(٢) ويمكن إطلاق الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ ، فلا تقتصر على الرهن الرسمى

وحده ، بل تشمل كل حق يماثل الرهن الرسمى كحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى (شفيق شحاتة فقرة ٩٩ ص ٨٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٧ - شمس الدين الوكيل فقر ٤٧ ص ١٤٠) .

أسباب زوال ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى^(١) . فيجب أن تزول ملكية الراهن بسبب منها وعند ذلك يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقی الرهن لمصلحة الدائن المرتهن ولو أن ملكية الراهن قد زالت بأثر رجعى . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تبرير ذلك إلى أنه « يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال إن الرهن الرسمى ، كما يكسب العقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير مالك فى أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية »^(٢) . ويضاف إلى هذين الرأيين رأى ثالث ،

(١) والأثر الرجعى هنا هو حكم القانون . وقد يكون هناك أثر رجعى بحكم الاتفاق ، كما فى التقايل ، فإذا انفق البائع والمشتري على التقايل من البيع بأثر رجعى ، فإن تقابلهما يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع وكأن البيع لم يكن (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٦٩٨) . وهذا الأثر الرجعى بحكم الاتفاق لا يؤثر فى صحة الرهن الصادر من المشتري قبل التقايل (جيجو : دراسة فى الأثر الرجعى للاتفاق فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣١ ص ٩٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤ - ص ١٢٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى : « جمع المشروع فى المادة ١٤٤١ (رقم ١٠٣٤ مدنى) ما تنأثر فى التقنين الحالى (السابق) من نصوص أريد بها حماية الدائن المرتهن حسن النية ، فنص على أن الرهن يبق صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر من ذلك بطلان سند ملكيته . . . أو فسده . . . أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر (انظر مثلين لذلك فى المادة ٦٤٥ وتناول رهن ما باعه المريض مرض الموت ، والمادة ١٣٥٢ وتناول رهن ما يجاوز نصيب الوصية) ، على أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن . . . وفى الأحوال التى يصح فيها الرهن الصادر من غير مالك (وهى الأحوال المتقدمة الذكر) ، يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال -

هو الرأى القائل بأن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقي به زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، إذ الراهن يعتبر مالكا ظاهرا في هذا الفرض . وهذه حيلة شرعية ، تفترض بقاء المال على ملك الراهن^(١) . وهناك رأى رابع يفسر بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعى لزوالها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع فعلا في المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى حماية لأصحاب الحقوق العينية التى تم كسبها بحسن نية قبل زوال الملكية . فإذا روعيت الحماية المقررة في قانون تنظيم الشهر العقارى ، لم تكن المادة ١٠٣٤ استثناء القواعد العامة بل تطبيقاً لقاعدة عامة جديدة بموجبها يحد المشرع من الأثر الرجعى لزوال الملكية بما لا يؤثر في حقوق الغير حسن النية^(٢) .

إن الرهن الرسمى ، كما يكسب بالعقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك في أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية . وعلى كل حال يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار ، لا الشخص الذى يصدر منه للرهن ، هو الراهن ، وهو الذى يتخطه الدائن المرتهن ضاه إجراءات نزع الملكية ، أو يستمر في اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الإجراءات في صدر منه الرهن . ويلاحظ في هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا في دين ليس في ذمته ، ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذى يرتب الرهن وهذا هو الكفيل المسمى ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار في ملكيته وهذا هو مركز المالك الذى يسرى في حقه الرهن الصادر من غير مالك كما في الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار في ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون وهذا هو الحائز للعقار . وبحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التى تطبق في كل حالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ - ص ٢٠) .

(١) شفيق شحاتة ص ٨٨ .

(٢) سمير تناغر فقرة ٢٣ ص ٧٦ - ص ٧٧ - وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يجيز الرهن الصادر من غير المالك إذا وضع يده خمس سنوات متوالياً على العقار المرهون ، إذا كانت هذه السنوات سابقة مباشرة على الرهن ، وأثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون (انظر أيضاً في هذا المعنى م ٧٩ مكررة / ١٠٧ من التقنين المدنى فى السابق) . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، لأن =

١٤٤ - رهن العقار الشائع - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٩ مدني على ما يأتي :

١ - يبنى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته .

٢ - وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويتقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء . ولا بامتياز المتقاسمين (١) .

ويستخلص من هذا النص أنه إذا كان هناك عقار شائع . فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء ، ويكون الرهن نافذاً في حق الجميع . أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . ويمكن أيضاً أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء . وهذا الشريك الراهن إما أن

حكمة منطوق في مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ (انظر آنفاً فقرة ١٨٣ في الهامش - وانظر أيضاً هذا الحكم في التفتين المدني السابق في رايمان مرقس فقرة ٥٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع التمهيدي لم يكن يتضمن النص بأن يكون تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن بأمر حل عريضة . وفي لجنة المراجعة أضيف هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١١٢٠ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩ - ص ٣٢) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق .

يرهن حصته الشائعة في العقار . أو يرهن جزءاً مقررأ في هذا العقار بقدر عادة أنه هو الجزء المفروز الذي سيتسببه تبن قسمة العقار . أو يرهن جميع العقار الشائع وهذا الفرض الأخير لم يتعرض له النص .

فنبحث إذن : (١) رهن جميع الشركاء للعقار الشائع . (٢) رهن أحد الشركاء ل حصته الشائعة في العقار الشائع . (٣) رهن أحد الشركاء لجزء مفروز من العقار الشائع . (٤) رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع .

١٤٥ - رهن جميع الشركاء للعقار الشائع : رأينا^(١) أن الفقرة الأولى

من المادة ١٠٣٩ مدني تنص على أنه « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أبأ كانت النتيجة التي ترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » . فالنص يفرض أن هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء ، ثلاثة مثلاً . وأن هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع . فالرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة . وهم جميع الشركاء المشتاعين . يكون رهنأ صحيحاً نافذاً في حق الجميع . سواء كان ذلك قبل القسمة . أو بعد القسمة . أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة .

فالرهن يكون صحيحاً نافذاً قبل القسمة . لأنه صدر من الثلاثة الشركاء وهم جميع الشركاء المشتاعين . فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه . فإنه ينتقل إلى المشتري مثقلاً بالرهن . ويتبع الدائن المرتهن العقار الشائع في يد المشتري وهو الحائز للعقار . وإذا بقي العقار الشائع في ملكية الشركاء . وأراد أحد دائني شريك منهم التنفيذ عليه ، فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي لأنه دائن مرتهن . وإذا مات بعض الثلاثة الشركاء أو كلهم . انتقل العقار مرهوناً إلى الورثة . وعلى ذلك يسرى الرهن في

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

حق الشركاء الثلاثة ، وفي حق دائنهم ، وفي حق الخلف الخاص والخلف العام .

والرهن يكون صحيحاً نافذاً أيضاً بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة عيناً .

فإذا اقتسم الثلاثة الشركاء العقار الشائع ، وأخذ كل منهم حصة مفرزة من هذا العقار ، فإن هذه الحصة المفرزة التي تقع في نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون مثقلة بحق الرهن ، لأن الشركاء الثلاثة كلهم قد رهنوا العقار عندما كان شائعاً ، فيبقى مرهوناً عند إفرازه . أما إذا وقع العقار الشائع في نصيب أحد الشركاء الثلاثة ، وأخذ كل من الشريكين الآخرين نصيبه مفرزاً في عقار أو عقارات أخرى شائعة بين الثلاثة ، فإن العقار الشائع المرهون ينتقل مرهوناً إلى الشريك الذي وقع في نصيبه . وقد يعترض على ذلك بأن العقار كله وقع في نصيب واحد من الثلاثة الشركاء ، وهذا الشريك لم يرهّن عند الشيوع إلا نصيبه شائعاً ، فيجب أن ينتقل إليه العقار مثقلاً بالرهن بمقدار نصيبه في الشيوع فحسب . فإذا كانت حصص الشركاء الثلاثة متساوية . وجب أن ينتقل العقار مثقلاً بالرهن في ثلثه على الشيوع فقط . لأن هذا الثلث هو الذي رهنه من وقع في نصيبه العقار ، أما الشريكان الآخران فلم يرهنا شيئاً بحكم الأثر الرجعي للقسمة إذ يعتبر أنهما لم يملكا العقار أصلاً . وهذا الاعتراض يتمشى مع فكرة الأثر الرجعي للقسمة إذا أخذت على إطلاقها . وكان التقضا الفرنسي يسير على هذا النحو فيقضى بأن العقار ينتقل كله إلى أحد الشركاء الثلاثة مثقلاً بالرهن في ثلثه على الشيوع فقط^(١) . ولكن الموثقين (notaires) في فرنسا اعترضوا على قضاء محكمة النقض . وذهبوا إلى أن جميع الشركاء قد وافقوا على رهن العقار الشائع ، فوجب أن يبقى الرهن صحيحاً نافذاً في حقهم حتى بعد القسمة ، وحتى

(١) انظر نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ دالبوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣ .

لو كانت نتيجة القسمة أن أخذ كل العقار الشائع أحد الشركاء المشتاعين وحده . فصدر في فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٠ يضيف فقرة إلى المادة ٢١٢٥ مدني فرنسي ، تنص على أن الرهن الذي يقرره جميع الشركاء يبقى أثره القانوني مهما كانت نتيجة البيع بالمزاد أو القسمة الحاصلة بعد ذلك . وبهذا الحكم الأخير أخذ التقنين المدني المصري الجديد ، فقرر أن الرهن الذي يعقده كل الشركاء على الشيوع يبقى نافذاً « أيّاً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد . أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » (م ١٠٣٩ / ١ مدني) .

وينتقل العقار مرهوناً كله . حتى لو لم تمكن قسمته عيناً فبيع^(١) . فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة ، فإن العقار ينتقل إليه كله كما قدمنا . وهذا ما يقضي به نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدني فيما رأينا . ومن باب أولى إذا بيع العقار لأجنبي ، فقد رهن الثلاثة الشركاء العقار كله ، ثم باعوه إلى أجنبي ، فينتقل العقار مرهوناً إلى المشتري^(٢) . وقد يقع أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، ثم يرهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع . ثم يقسم العقار الشائع ، فيقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع غير الجزء المفرز الذي رهنه . وسنرى أن الدائن

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويتبين مما تقدم أن المشروع يلجأ إلى تطبيق مبدأ الحلول المعنى فبسر كثيراً من أمر الرهن في الشيوع ، ولم يقتصر على ذلك بل أضاف حكماً نقله عن التقنين الفرنسي ، فقرر أن الرهن إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحاً ، حتى لو وقع المال بعد ذلك في نصيب واحد منهم ، أو بيع لأجنبي لعدم إمكان القسمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١) .

(٢) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٥ - حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١١٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ - سليمان مرقس فقرة ٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥١ - سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٨٢ - ص ٨٤ .

المرتبه من هذا الشريك يستطيع بإجراءات معينة أن ينتقل رهنه إلى الجزء المتأخر بفضل الحلول العيني ، وأن يحتفظ بمرتبه رهنه كما كان . فيسبق هذا الرهن في المرتبه الرهن الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع ، لأن الرهن الأول سبق الرهن الأخير . وكان هذا يقتضي أن الدائن المرتبه من الشريك الراهن يتقدم على الدائن المرتبه من جميع الشركاء ، إذ هو أسبق في المرتبه . ولكن العبارة الأخيرة من المادة ١٠٣٩/٢ مدني ، كما سترى تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه (أي انتقال رهن الدائن المرتبه من الشريك الراهن) برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وعلى ذلك يتقدم الدائن المرتبه من جميع الشركاء ، وهو متأخر في المرتبه ، على الدائن المرتبه من الشريك الراهن ، لأنه ارتهن العقار كله من جميع الشركاء فأصبح آمناً على رهنه (١) .

وما قدمناه في الرهن الرسمي ينطبق على الرهن الحيازي ، ولو أنه لا يوجد نص في هذا المعنى في نصوص الرهن الحيازي . فالمادة ١٠٩٨ مدني تنص على أن « تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي » ، والمادة ١١٠٢/٢ مدني تقضي بأن « تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنأ رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . ولكن هذه المواد لا شأن لها بمسألتنا هذه ، ومن ثم لا يوجد نص صريح في المسألة . على أنه إذا رهن جميع الشركاء الشائعين العقار الشائع رهنأ حيازياً ، فإن الرهن يبقى نافذاً أبداً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . فالرهن الحيازي قد صدر من جميع الشركاء الشائعين ، فهو نافذ بطبيعة الحال قبل قسمة العقار . ثم هو نافذ إذا حصلت القسمة ووقع العقار كله في

(١) انظر في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٥٠ ص ٨٣ .

نصيب أحد الشركاء . فإن هذا الشريك يعتبر مالكا للعقار منذ البداية وقد اشترك في الرهن مع سائر الشركاء فينتقل إليه العقار مرهوناً كنه : وكذلك إذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته فرسا مزاده على أحد الشركاء . كن هذا البيع قسمة واعتبر الشريك الذي رسا عليه المزاد مالكا للعقار منذ البداية كما في الفرض السابق . أما إذا رسا المزاد على أجنبي . فإنه يكون بيعاً من جميع الشركاء الراهنين للعقار . فينتقل إلى المشتري مرهوناً كما تقتضي القواعد العامة (١) .

هذا وقد قضت المادة ٨٣٢ مدني على أن ه للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولم يخالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً . فإذا قرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع ، وليس كله . رهنه طبقاً للمادة ٨٣٢ مدني . ولم يعارض باقي الشركاء أو عارضوا وقدرت المحكمة أن قسمة العقار الشائع ضارة بمصالح الشركاء وأن رهن هذا العقار تصرف مناسب ، كان الرهن صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، وذلك بالرغم من معارضة أقلية الشركاء في الرهن . فإذا بدا بعد ذلك للشركاء أو لبعضهم قسمة العقار وقسمته كما هو مفروض ضارة بمصالح الشركاء ، فبيع العقار

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٧٤ ص ١٦١ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١١٨ ص ٣٢٦ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ ص ١٠٨ - أحمد سلامة فقرة ٤٨ ص ١٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨ ص ٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٥١ - ص ٥٢ - سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٨٤ - وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١١٠ ص ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٥ مكرر ص ٥٥٥ - محمد علي إمام فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البدر أوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٦ ص ١٦٦ - سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦ .

ورسا مزاده على أحد الشركاء أو على أجنبي : فإنه ينتقل إلى المشتري مرهوناً ، تطبيقاً لأحكام المادة ١/١١٣٩ مدني سالفه الذكر^(١).

١٤٦ - رهن أحد الشركاء لحصة الشائعة في العقار الشائع : لا شك

في أن كل شريك مشتاع يملك حصته الشائعة : وله حق التصرف فيها . فله أن يرهنها . ويكون رهنه صحيحاً ما دام العقار شائعاً ، وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشتري . أما إذا انتصر على الرهن ، واقتسم الشركاء العقار بعد ذلك فوقع كله أو جزء منه في نصيب هذا الشريك فإنه ينتقل مرهوناً^(٢) ، أو ينتقل مرهوناً بعضه في الشيوع بمقدار حصة الشريك فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه^(٣) . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجوز رهن العقار الشائع : فإذا رهن المالك نصيبه شائعاً كان الرهن صحيحاً ، حتى إذا أفرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفروز »^(٤) .

(١) انظر في هذا المعنى منصور ، مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥٢ - وقارن شمس الدين الركيل فقرة ٤٠ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مخطوط ١٨ يونية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٩٩ - ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١١ - : مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ - ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٤ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ - سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٧٩ - محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ - منصور ، مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥٤ - سير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٠ - وانظر في أن الرهن يمتد فيشمل العقار كله : دى باج ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٩ - أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ - وفي أن الرهن يمتد إلى كل العقار فيما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى أن الرهن ينعقد تحت شرط وقوع العقار كله في نصيب الراهن : بلانيول وريبير وبولانجييه ٣ فقرة ٥٠٧ ص ١٩١ .

(٤) ويترنر الرهن في هذا الجزء المفروز ، ويتم ذلك لا حل أساس فكرة الحلول العيني

ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا جزء منه ، وإنما يقع في نصيبه عقاراً آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الراهن . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني . كما رأينا . ما يأتي : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار . . . ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها . انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويبر هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد حديد يبين فيه الدر الذي انتقل إليه خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . وهذا هو الحل العيني ، فقد وقع في نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقاراً آخر غير عقار الذي رهنه . فحل هذا العقار الآخر محل العقار الأول المرهون . وينتقل مرهوناً بدلاً من العقار الأول ، ويتبع الدائن المرتهن إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول . ولولا الحل العيني . لقبل إن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك . وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار . أما العقار الذي رهنه الشريك فيعتبر أن

« وإنما هو مقتضى القسمة : حسن كبرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٢٣ من ٢٤٣ هامش ٦ - إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٨١ من ١٨٣ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩ ص ٥٣ - أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ - وانظر في أن الرهن يتركز في الجزء المفرز بموجب الحل العيني فيحل الجزء المفرز ل الحصاة الشائعة : منصور مصطفى منصور في رسالته في الحل العيني فقرة ١٣٨ ، ولكن انظر ما يقوله بعد ذلك من أن الرأي السائد هو أن تركز الرهن في الجزء المفرز لا يتم على أساس فكرة الحل العيني وإنما هو مقتضى القسمة : كتابه في التأمينات العينية فقرة ٢٠ ص ٥٤ وهامش ١ . وانظر في تأييد رأي الأستاذ منصور مصطفى منصور في الحل العيني سمير قناخر فقرة ٢٥ ص ٨٩ وهامش ١ .

هذا لم يكن مالكا له من مبدأ الأمر ويكون الرهن صادرا من غير مالك ،
فيكون قابلا للإبطال ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار
المرهون (١) .

والإجراءات التي يتبعها الدائن المرتهن في قيد رهنه الحديد حتى يحتفظ
بمرتبة الرهن الأول تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمرا على عريضة
بخول للدائن إجراء قيد جديد . ويعين في هذا الأمر القدر الذي انتقل إليه
الرهن بموجب الحلول العيني . فإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار
آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول ، انتقل
الرهن إلى كل هذا العقار الآخر . ويبين ذلك في الأمر على عريضة .
أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر يزيد في القيمة عما رهنه
من العقار الأول ، قدرت قيمة ما رهنه . واقتطع من العقار الآخر جزء
مفرز يساوي هذه القيمة . ويستعان في ذلك بخبر عند الحاجة . ويبين ذلك
في الأمر على عريضة . ويجب على الدائن المرتهن الحصول على الأمر على
عريضة وإجراء القيد الحديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه
أى ذى شأن بتسجيل القسمة التي تمت . كالشريك الراهن أو الشريك
الذي وقع في نصيبه العقار المرهون . ولم يبين القانون كيف يكون هذا
الإخطار ، فيصح أن يكون على يد محضر . ويصح أن يكون بكتاب مسجل
أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون إخطاراً شفويا على أن يثبت من قام به .
فإذا قام الدائن المرتهن بهذه الإجراءات . وأجرى القيد الحديد في خلال
التسعين يوماً المبين ذكرها ، احتفظ الرهن بمرتبة الأولى من وقت أن قيد
أول مرة ، وهذا هو المقصود من هذه الإجراءات . أما إذا أجره الدائن
المرتهن بعد الميعاد ، فإن الرهن الحديد تكون مرتبته من تاريخ القيد الحديد ،
ويتقدم على هذا الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر يكون الشريك الراهن قد

(١) أما في التشريع المدني السابق ، فيكون الرهن باطلا بطلانا مطلقا لأنه صادر من غير
مالك (انظر سليمان مرتضى فقرة ٤٨ ص ٧٦) .

رهن له ما وقع في نصيبه من عقار وقيد الدائن المرتهن الآخر رهنه قبل قيد الرهن الأول^(١) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا عقار آخر يخل محله ، بل منقول ، فإن الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصبح أن يكون محلا للرهن الرسمي . وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة للتسمة ، وهذا هو الرأي السائد^(٢) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود^(٣) .

هذا وإذا انتقل الرهن من العقار المرهون إلى عقار آخر وقع في نصيب الشريك الراهن على النحو الذي أسلفناه . فإن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدني تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . فالدائن المرتهن من أحد الشركاء في الشيوع الذي انتقل رهنه إلى عقار آخر يتأخر عن الدائن المرتهن من جميع الشركاء هذا العقار الآخر . حتى لو كانت مرتبة الدائن الأول

(١) سيرة تناغر فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٢) إسماعيل غانم في الحقوق البينية الأصلية فقرة ٨١ ص ١٨٤ - ثمس الدين الوكيل

فقرة ٥٥ ص ١١٢ ، أمش ٢ - عبد المظفر فرج ، فقرة ٢٩ ص ٥٣ - سيرة تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ . وذلك رأى يذهب إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة : أحد سلامة فقرة ٩ ص ١٧٠ وفترة ٥٠ ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥ .

(٣) انظر القانون البلجيكي في ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٨ (المادة ٢) . ويقول بيكيه إن هذا هو أفضل حل من الناحية التشريعية (بيكيه فقرة ٣٢٣ ص ٤٥٨) . وذلك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن لم يخل ، فإن للرهن الرسمي يزول إلى صورة من صور رهن الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥) .

متقدمة على مرتبة الدائن الأخير . وذلك احتراماً لحق الرهن الصادر من جميع الشركاء^(١) . وكذلك يكون للشركاء حق امتياز التقاسم على العقار الذي انتقل إليه حق الرهن ، ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة . وسنفضله عند الكلام في حقوق الامتياز . وحق امتياز التقاسم هذا يتقدم هو أيضاً على الرهن الذي انتقل إلى العقار حتى لو كان حق الامتياز متأخراً في المرتبة^(٢) .

١٤٧ - رهن أهم الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع : ولما كان

الشريك في الشيوع لا يملك ملكية خالصة أى جزء مفرز في العقار الشائع ، فإنه إذا رهن جزءاً مفرزاً لم ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الآخرين ، وهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاً بينهم جميعاً . أما الدائن المرتهن فإنه . إذا كان لا يعلم أن الجزء المفرز الذي ارتبته هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه . يستطيع أن يبطل عند الرهن للغلط . وإذا كان يعلم بشيوع الجزء المفرز ، فإنه لا يستطيع إبطال الرهن للغلط . ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحاً ، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضى بانتظار نتيجة القسمة^(٣) .

فاذا اقتسم الشركاء العقار الشائع . ووقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يكون باتاً . إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقد رهنه . فيكون رهنه صحيحاً باتاً كما قدمنا^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٣) ولكن يجوز لسائر الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذا الجزء المفرز ، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادراً من جميع الشركاء وينفذ في حقهم جميعاً أياً كانت نتيجة القسمة (إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ ص ١٣٨ - حسن كيرة في الحقوق للعينية الأصلية ١ ص ١٣٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٣ - أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٦ .

(٤) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٤ .

أما إذا لم يقع الجزء المفروز المرهون في نصيب الشريك الراهن . بل وقع في نصيبه جزء مفروز آخر من نفس العقار أو من عقار آخر ، انتقل الرهن إلى هذا الجزء المفروز الآخر . ووجب على الدائن المرتهن . إذا أراد الاحتفاظ بمرتبة رهنه ، أن يقوم بنفس الإجراءات التي بسطناها في الفقرة السابقة . ذلك أنه ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني ، فيما رأينا ، أنه إذا رهن أحد الشركاء جزءاً مفروزاً ثم وقع في نصيبه أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة الجزء المفروز الذي رهنه ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذى شأن بتسجيل القسمة . وقد ورد نص آخر يقرر انتقال حق الرهن إلى الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن . فنصت المادة ٢/٨٢٦ مدني على أنه : « إذا كان تصرف الشريك في الشيوع ، ويدخل في التصرف الرهن ، منصّباً على جزء مفروز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة ، الحق في إبطال التصرف » . ومتى قام الدائن المرتهن بالإجراءات التي سبق ذكرها في المواعيد المقررة ، فإنه يحتفظ بمرتبة رهنه كما كانت ، بالرغم من أنه قد مضت مدة قبل القيد الجديد قد تصل إلى تسعين يوماً كما سبق القول . أما إذا لم يتم بالإجراءات في المواعيد المقررة ، ولكنه مع ذلك تيد الرهن الذي انتقل قيماً جديداً ، فإن مرتبة هذا الرهن تكون من يوم إجراء القيد الجديد .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه في الرهن كما في الفرض السابق . وكما في الفرض السابق

أيضاً ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التندم . إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود^(١) .

وإذا انتقل الرهن من الجزء المفروز المرهون إلى جزء مفروز آخر . لم يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين . وقد سبق شرح ذلك ، عند الكلام في رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة^(٢) .

١٤٨ - رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع : ولما كان العقار الشائع مملوكاً لعدد من الشركاء ، فإن ملكيته لا تخلص لواحد منهم فقط . فإذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع^(٣) ، أمكن للدائن المرتهن إبطال عقد الرهن للغلط إذا كان يعتقد أن الشريك الراهن يملك كل العقار الشائع ملكية مفروزة خالصة . أما إذا كان الدائن المرتهن يعرف الحقيقة ، ويعلم أن الشريك الراهن لا يملك العقار إلا في الشيوع ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، لأن الدائن المرتهن لا يستطيع إبطاله للغلط . ولكن هذا الرهن لا ينفذ في حق سائر الشركاء الشائعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة .

فإذا حصلت القسمة ، ووقع كل العقار في نصيب الشريك الراهن . إلى نتيجة القسمة أو للبيع لعدم إمكان القسمة عيناً ، أصبح الرهن باتاً ، وصار نافذاً في حق الشريك الراهن بعد أن أصبح هذا مالكاً لكل العقار المرهون^(٤) .

وإذا أمكنت قسمة العقار أجزاء مفروزة ، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفروز من هذا العقار الشائع ، فإن الدائن المرتهن ، وكان على

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٦ . وانظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٥ - ص ١١٦ .

(٣) لم يرد هذا الفرض في المادة ١٠٣٩ مدني ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة .

(:) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ .

بينه من هذا الأمر ، يتركز حق رهنه في الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن^(١) . وذلك ما لم يكن هناك اتفاق ، صريح أو ضمني ، بين الشريك الراهن والدائن المرتهن على شيء آخر . فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع في نصيب الشريك الراهن ، جاز للدائن المرتهن إبطال الرهن . وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المفروز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن ، ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأي ضمان آخر ، رهن رسمي أو رهن حيازة أو كفالة .

وإذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن شيء من العقار المرهون ، ووقع بدلا منه منقول ، فقد الدائن المرتهن حق رهنه ، لأن العقار المرهون لم يقع في نصيب الشريك الراهن ، ولأن المنقول الذي وقع في نصيب هذا الشريك لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمي^(٢) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا شيء منه ولا منقول ، ولكن وقع في نصيبه مبلغ من النقود ، كان للدائن المرتهن

(١) شمس الدين اوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ - منصور مصطوف منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ - سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١٢١ - إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٩ - وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن ، فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب الشريك الراهن من العقار المرهون ، يكون قابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك (شفيق شحاتة في الحق العيني فقرة ١٤٣ وفي التأييدات العينية فقرة ١٠٩ - أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثنية فقرة ٤١٥ - محمد علي حرة في الملكية فقرة ٣٠٢ - عبد المنعم البدر اوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٥) .

(٢) أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير العقار الذي رهنه ، انتقل الرهن بحكم الحلول العيني إلى قدر من هذا العقار يساوي ما كان الشريك الراهن يملكه في العقار المرهون . ويبدو أن الدائن المرتهن يجب عليه إجراء قيد جديد ، فليجأ إلى الإجراءات التي سبق ذكرها في هذا الصدد ، وفي المواعيد المقررة . ولم يرد نص صريح في ذلك . ولكن يمكن قياس هذه الحالة على الحالات الأخرى التي ورد فيها نص صريح (انظر منصور مصطوف منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ - سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٨٢) .

حق التقدم على هذا المبلغ بما له من حق الرهن الرسمي ، وقد سبق أن
بيننا هذا الحكم (١) .

§ ٢ - أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون وأهلية الدائن المرتهن

١٤٩ - وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون :
ولا يكفي أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، بل يجب أن يكون أيضاً
أهلاً صرف فيه . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدني
تنص على أنه « يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، وأهلاً للتصرف
فيه » . ذلك أن الرهن الرسمي عمل من أعمال التصرف ، فيجب على من
يقدم عليه أن يكون متوافراً على الأهلية اللازمة له . أي أن يكون أهلاً
للتصرف في العقار المرهون .

أما بالنسبة إلى أهلية الدائن المرتهن . فليست أهلية هذا الأخير كأهلية
الراهن ، لأن الرهن نافع للدائن المرتهن نفعاً محضاً . فيكفي في الدائن المرتهن
أن يكون ذا تمييز صحيح ، ولا يشترط فيه أهلية التصرف .

والولاية غير الأهلية . فقد لا يباشر الراهن العقد بنفسه بل بنائب عنه ،
وكيل أو ولي أو وصي أو قيم . وكذلك قد يباشر الدائن المرتهن العقد عن طريق
نائب عنه ، ويكون هذا ولاية لا أهلية .

وهناك راهن لا يكون هو المدين ، بل يكون كفيلاً عينياً يجمع بين
الرهن والكفالة . ويشترط في الكفيل العيني ، كما يشترط في المدين الراهن ،
أن يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون .

وإذن نبحت المسائل الآتية : (١) أهلية المدين الراهن . (٢) أهلية

(١) انظر في هذا المعنى سميح تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

الدائن المرتهن . (٣) الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن . (٤) الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن . (٥) الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني .

١٥٠ — أهلية المدين الراهن : بالنسبة إلى المدين الراهن يعتبر الرهن

عملاً من أعمال التصرف دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن عقاره ، بل هو يبغي من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه^(١) . وعلى ذلك يجب أن يتواءم في المدين الراهن ، لا أهلية الإدارة فحسب ، ولا أهلية التبرع ، بل أهلية التصرف كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد الرهن الرسمي ، بعد أخذ إذن المحكمة فيما يتعلق بالوصى والقيم وفيما يتعلق بالجد إذا كان ولياً .

وإذا عقد المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، فإن كان فاقده التمييز بأن كان صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً لا تميز له ، كان عقده باطلاً بطلاناً مطلقاً . أما إذا كان مميزاً ، بأن كان صبيّاً توافر عنده التمييز أو كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال^(٢) ، ولا يكون

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ — شفيق شحاتة فقرة ٧٣ — شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ — سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ — سمير تناغر فقرة ٢٠ ص ٦٢ — والعلة في ذلك أن الرهن الرسمي دائر بين النفع والضرر ، لا أنه قد يؤدي إلى بيع العقار المرهون ، فإن أي دين ولو كان ديناً عادياً قد يؤدي إلى بيع عقارات المدين (انظر بولانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥) .

(٢) ولا يكون صحيحاً حتى لو بلغ القاصر وقت الرهن الثامنة عشرة وأذن له في تسليم أمواله وإدارتها ، لأن هذا إنما يعطى القاصر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف ، والرهن من أعمال التصرف .

ويرى بعض الفقهاء أن المأذون له في تسليم الأموال وإدارتها له رهن العقار إذا كان الرهن بما تقتضيه أعمال الإدارة ، وذلك كالرهن ضماناً لوفاء بالالتزامات الناتجة عن إدارة الأموال (شفيق شحاتة فقرة ٧٧ ص ٧٤ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) .

باطلا لأن الرهن من أعمال للتصرف لا من أعمال التبرع كما أسلفنا . وفي هذه الحالة يجوز للأب أن يقر الرهن فينقلب صحيحاً إذا كان العقار المرهون لا تزيد قيمته على ثلثائة جنيه وإلا فلا بد من إذن المحكمة^(١) ، ويجوز للجد أو للوصى أو للقيم أن يحصل على إذن المحكمة لإقرار الرهن . فإن لم يحصل ذلك وبقي الرهن قابلاً للإبطال ، جاز للولى أو الوصى أو القيم إبطال الرهن ، وجاز أيضاً للمدين الراهن عند بلوغه سن الرشد أن يبطل الرهن أو أن يقره حسبما يرى^(٢) . ويجوز للدائى المدين الراهن ، إذا لم يكن المدين الراهن قد أقر الرهن ، أن يتمسكوا بطريق الدعوى غير المباشرة بحق مدينهم وبطلبوا بإبطال الرهن^(٣) .

وإذا باع القاصر عقاره المرهون بيعاً صحيحاً ، بأن باعه بعد بلوغه سن الرشد ، أو باعه قبل ذلك عن طريق النائب عنه وبإذن المحكمة ، ثم أجاز الرهن بعد ذلك ، فإن هذه الإجازة لا تسرى في حق المشتري لأن الملكية

ولكن الواضح أن الإذن للصبي في مباشرة أعمال التصرف إنما قصد به التصرفات الملحقه بأعمال الإدارة كشراء الأسدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه (محمد كامل موسى فقرة ٢٧ ص ٤٥ و فقرة ٢٩٣ ص ٢٨١ - أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(١) حل أن الأب لا يلزم بتقديم حساب للمحكمة عن مال آل القاصر بطريق التبرع من الأب ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً (م ٣ من قانون الولاية على المال) .

(٢) وإذا أقر الرهن من يملك إقراره وانقلب صحيحاً بالإقرار ، فهل يصر هذا الإقرار بدائن متأخر رهن فيتقدم عليه الدائن المرتهن الذى أقر رهنه ؟ يرى الأستاذان بودرى ودى لو أن الدائن المرتهن المتأخر لا يضره الإقرار ، ويستطيع أن يطالب بعدم ففاذ الرهن الأول في حقه فيتقدم على الدائن المرتهن الأول (بودرى ودى لو أن ٢ فقرة ١٣٣٣ و فقرة ١٣٣٥ - ١٣٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى ديمولومب في العقود ٦ فقرة ٧٩٧ وما بعدها - جيوار ٢ فقرة ٩٧٩) . وانظر أيضاً سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٥ هامش ٢ حيث يرى أن الرأى الأول عمل للنظر .

(٣) چوسران ٢ فقرة ١٦٩٣ .

تكون قد انتقلت إليه بالبيع ، فتكون إجازة المدين الراهن صادرة من غير مالك^(١) .

ويسقط حق إبطال الرهن ائرسى بالتقادم بضى ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدنى) فيصبح الرهن صحيحاً بأثر رجعى منذ نشوئه ، ويحتاج به على كل من كسب حقاً عينياً على العقار المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم^(٢) .

وقد يكون مالك العقار المرهون أهلاً للتصرف . ولكنه ممنوع من التصرف فى العقار منعاً اتفاقياً (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدنى) . فإذا تصرف الممنوع من التصرف ، كان تصرفه باطلاً (م ٨٢٤ مدنى) . وعلى ذلك إذا تلقى شخص ملكية عقار بعقد أو وصية ، ومنع من التصرف لمصلحة المتصرف ، ومع ذلك رهن العقار رهناً رسمياً ، كان هذا الرهن باطلاً ، وجاز للمتصرف أن يتمسك ببطلان الرهن^(٣) .

كذلك يمنع المفلس من التصرف ، وقد قضت المادة ٢٢٧ والمادة ٢٣٦ من التقنين التجارى على أن يعتبر غير نافذ فى حق مجموعة الدائنين ما يصدر من المدين المفلس ، ابتداء من التاريخ الذى تحدده المحكمة باعتباره تاريخ التوقف عن الوفاء أو فى عشرة الأيام السابقة على هذا التاريخ ، من تصرفات ناقلة للملكية دون مقابل ومن وفاء ومن رهن تقرر ضمناً لديون سابقة .

(١) بودرى ودى لوان فقرة ١٣٣٧ ص ٤٥٤ - سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ - ص ٢٧ - أما إذا رهن القاصر عقاره ، ورهته مرة ثانية بعد أن بلغ من الرشد ، ثم أجاز الرهن الأول ، فإن هذه الإجازة تجعل الرهن الأول صحيحاً منذ البداية ، ويتقدم الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثانى (سليمان مرقس فقرة ١٨ ص ٢٦ وهاش ٢) .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٣٣٤ - سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ .

(٣) قارن فى هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٢٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص

فإذا رهن المفلس ، في المدة سالفة الذكر عقاراً له رهناً رسمياً ، لم يكن رهناً باطلاً ، ولكنه لا ينفذ في حق مجموعة الدائنين . فإذا استوفى هؤلاء حقوقهم أو وقع صلح عليها ، فإن رهن الدائن المرتهن ينفذ في حق من يستجد من الدائنين^(١) . وكالمفلس من شهر إعساره ، وقد نصت المادة ٢٥٧ مدني على أنه « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقوقهم أي وفاء يقوم به المدين » . وهذا النص يفهم منه أن من شهر إعساره ممنوع من أي تصرف ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، فيدخل في ذلك الرهن الرسمي . فإذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، ولحأ المدين الذي شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة الدعوى إلى رهن عقار له ، لم يسر هذا الرهن في حق الدائنين السابقين على شهر الإعسار . ولكن ذلك لا يمنع من نفاذ الرهن في حق الدائنين الذين يستجدون بعد انتهاء حالة الإعسار^(٢) .

١٥١ - أهلية المرتهن : والدائن المرتهن لا يلتزم ، فإن

الرهن الرسمي يكون عادة ملزماً لجانب واحد هو جانب الراهن . لذلك يكون الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، نافعاً نفعاً محضاً . فلا تلزم في الدائن المرتهن أهلية التصرف ، كما تلزم هذه الأهلية في المدين الراهن بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدني . فيجوز أن يكون الدائن المرتهن بالغاً من الرشد غير محجور عليه ، كما يجوز أن يكون قاصراً ما دام متوافراً على التمييز حتى يستطيع التعاقد ، ويجوز أن يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة لأنه يكون في هذه الحالة متوافراً على التمييز . فأهلية التصرف غير لازمة في الدائن المرتهن ، وتكفي أهلية التعاقد^(٣) .

(١) انظر بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٤٢ وما بعدها - سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ - سليمان مرقس =

وهناك رأى بذهب إلى أن الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، يعتبر مع أعمال التصرف ، لأنه يتضمن استيفاء الدين كرهن أخيازة . لذلك يجب في الدائن المرتهن أن يكون أهلاً للتصرف ، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، بل يجب أن يكون بالغاً من الرشد غير محجور عليه . وهكذا قرر فقهاء الشريعة الإسلامية في رهن أخيازة ، والرهن الرسمي كرهن أخيازة من حيث الأهلية^(١) . ويزيد أحد أنصار هذا الرأي أنه قد يقبل القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة رهنأ رسمياً لا يني بضمان الدين إذا كان الدين قد وجد صحيحاً قبل الرهن واستقل القاصر أو المحجور عليه بعقد الرهن الرسمي . فيجب أن يكون الرهن الرسمي في هذه الحالة قابلاً للإبطال^(٢) .

والظاهر أن الرأي الأول ، وهو الرأي السائد ، هو الرأي الصحيح . ذلك أن الرهن الرسمي لا يتضمن استيفاء الدين وإنما هو عقد استيثاق للدين يتضمن الوفاء به ، فليس هو إذن من أعمال التصرف بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ولم تعرف الشريعة الإسلامية الرهن الرسمي كما عرفت رهن أخيازة ، لذلك لا نلتجئ إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة . وإذا قبل الدائن الرهن الرسمي الذي لا يني بضمان الدين ، فذلك لا يرجع إلى عقد الرهن في ذاته ، وإنما يرجع إلى شرط تقديم الراهن عقاراً يني بضمان الدين . فإذا كان هذا الشرط صحيحاً أو مفهوماً ضمناً وجب الوفاء به ، فإذا قدم الراهن عقاراً لا يني بضمان الدين اختل الشرط ووجبت تكملة الرهن أو فسخ العقد . ولكن ذلك لا يرجع إلى الرهن الرسمي في ذاته ، بل هو

فقرة ٢٣ - محمد حل إمام فقرة ١٤٣ - جمال الدين زكي ص ١٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة
فقرة ٢٥ - أحمد سلامة فقرة ٢٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ - ٢١ .

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ٧٥ - والظاهر أن رهن أخيازة يتضمن ضمناً استيفاء الدين ، إذ يحسب لإيراد المين ضمن الفوائد ورأس المال ، ولا يمكن للرهن الرسمي .
(٢) انظر في هذا المعنى سير تناغر فقرة ٢٠ ص ٦٣ .

لا يزال نافعا نهما محضاً للدائن المرتهن ، فلا تلزم في هذا الدائن إلا أهلية التعاقد ، وليس من الضروري أن تتوافر فيه أهلية التصرف . وإذا كنا قد اشترطنا الرسمية في رضاء الدائن المرتهن^(١) . فلا يرجع ذلك إلى أن الرهن الرسمي يعتبر من عقود التصرف بالنسبة إلى هذا الدائن . وإنما هو عقد ككل العقود يجب فيه رضاء المتعاقدين ، فيجب إذن رضاء الدائن المرتهن . وقد اشترط القانون الرسمية في عقد الرهن الرسمي لاعتبارات نظر إليها . وقد وجدنا هذه الاعتبارات متوافرة في الدائن المرتهن كتوافرها في الراهن ، فقلنا إنه لا بد أن يكون رضاء كل من الراهن والدائن المرتهن رضاء رسمياً^(٢) . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون الرهن نافعا نهما محضاً للدائن المرتهن . فوجب ، مع القول بأن رضاءه يجب أن يكون رسمياً . ألا تتوافر فيه إلا أهلية التعاقد .

١٥٢ — الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن : المقصود هنا ألا مباشر

المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، بل يلي ذلك غيره تكون له الولاية في ذلك . والمدين الراهن إما أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعندئذ قد يلي رهن عقاره وكيل يفوض له ذلك . وإما أن يكون المدين الراهن قاصراً أو محجوراً عليه ، وعندئذ يلي رهن عقاره وليه أو وصيه أو القيم عليه إذ يكون لهؤلاء الولاية في رهن عقاره .

فإذا كان من له الولاية هو وكيل يفوض له المدين الراهن رهن عقاره ، فالرهن هنا يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ومن ثم يجب أن يصدر من المدين الراهن توكيل خاص ، ولا يكفي التوكيل العام . وفي هذا تنص المادة ١/٧٠٢ و ٢ مدني على أنه ١٥ — لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، ويوجه خاص في البيع والرهن

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٤ - ١٢٥ .

والتبرعات والصالح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال التمانونية يصح وأو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص . إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن مجرد التوكيل بالرهن كاف لرهن مال الموكل لدين عليه هو . باعتبار أن الرهن ليس من أعمال التبرعات (١) .

فإذا وكل شخص شخصاً آخر في رهن عقاراته دون أن يحدد عقاراً على وجه التخصيص . جاز للتوكيل أن يرهن رهنأ رسمياً أى عقار للموكل . غير أن هناك رأياً يذهب إلى أن المادة ٧٠٠ مدني تشرط في الوكالة توافر الشكل الواجب في التصرف محل التوكيل ، وشكل الرهن الرسمي في نظر هؤلاء الفقهاء ليس هو فحسب رسمية العقد . بل أيضاً اشتغال الورقة على البيانات التي يتخصص بها الرهن (م ١٠٣٥ / ٢ مدني) . فوجب القول في نظر هؤلاء بأن التوكيل بالرهن بشرط فيه . من ناحية الشكل ، إلى جانب حصوله بورقة رسمية . أن يخصص فيه محل الرهن . وعلى ذلك يجب في التوكيل بالرهن بيان العقار المراد رهنه . وأن يكون معيناً بالذات تعبيراً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، ويجب أيضاً أن يبين الدين الذي يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به (٢) . ولا نميل للاعتقاد بأن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون يعتبر متعلقاً بشكل الرهن ، ولذلك نمشي مع محكمة النقض في أنه يكفي للتوكيل بالرهن مجرد ذكر الرهن حتى تكون الوكالة خاصة . أما ما جرى عليه العمل . فإن التوكيل بالرهن يذكر عادة الرهن والعقار المرهون والدين المضمون وغير ذلك من التفاصيل زيادة في الإيضاح .

وإذا كان الذي له الولاية هو الولي أو الوصي أو القيم ، فإن كان

(١) نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ ! امانة ١٧ رقم ٥٨١ ص ١١٤٧ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠٥ هامش ١ - شبيب

شحاتة ص ٥٢ هامش ٣ - سليمان مرقس فقرة ٢٤ .

الأب هو الولي ، كان له أن يرهن عقار القاصر دون إذن المحكمة إذا لم ترد قيمة العقار على ٣٠٠ جنيه ، وإلا فلا بد من إذن المحكمة . ويجوز للأب ، إذا كان العقار المراد رهنه قد آل إلى الصغير عن طريق التبرع من الأب ، أن يرهن هذا العقار دون إذن المحكمة أياً كانت قيمته ، لأنه لا يقدم إلى المحكمة حساباً عنه . وإذا كان الذي له الولاية هو الجد أو الوصي أو القيم ، لم يجز لأى منهم رهن عقار القاصر ، أياً كانت قيمته ، إلا بإذن المحكمة^(١).

١٥٣ - الولاية فيما يتعلق بالدائع المرتهن : أما فيما يتعلق بالدائن

المرتهن ، فقد قدمنا^(٢) أنه يكفي فيه لرهن عقاره أهلية التعاقد ، ولا تلزم أهلية التصرف . وعلى ذلك يستطيع الدائن المرتهن ، إذا أراد أن يوكل شخصاً آخر في ارتهاق عقار الغير ، أن يصدر له توكيلاً عاماً ، لأن الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن ليس من أعمال التصرف حتى يستلزم توكيلاً خاصاً^(٣) .

أما إذا كان الدائن المرتهن قاصراً ممزاً أو محجوراً عليه لسفه أو لفلة ، فإنه يجوز له كما قدمنا أن يرهن عقار الغير ، فيجوز له أن يصدر توكيلاً عاماً للغير بالارتهاق . ويجوز لكل من الولي أو الوصي أو القيم أن يرهن عقار الغير نيابة عن القاصر أو المحجور عليه ، دون حاجة إلى إذن المحكمة ، وتكون له الولاية في ذلك^(٤).

١٥٤ - الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني : فيما قدمنا فرضنا

أن الذي رهن عقاره هو نفس المدين ، كما هو الغالب . ولكن قد يقع أن

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٤ ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥١ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يلزم توكيل خاص بالارتهاق لأن الرهن حتى بالنسبة إلى

الدائن المرتهن ، في نظر هذا الرأي ، يعتبر من أعمال التصرف : شفيق شحاتة فقرة ٨٩ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ٢٥ .

شخصاً غير المدين برهن عقاره ضماناً للوفاء بدين على الغير ، وهذا هو الكفيل العيني . ويجب في الكفيل العيني ، كما يجب في المدين الراهن ، أن يكون مالكاً لعقار المرهون وأن يكون أهلاً للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة متقابل ، على عكس ما تكون الحال بالنسبة إلى المدين الراهن . فالمدين الراهن برهن عقاره ضماناً للوفاء بدين في ذمته . فيكون الرهن في هذه الحالة من أعمال التصرف . وهو يدور بين النفع والضرر . أما الكفيل العيني فإنه عادة لا ينتفع شخصياً بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره . بل هو ينفع المدين برهنه هذا . لذلك يعتبر الرهن الذي يقدمه الكفيل العيني في العادة من أعمال التبرع . لا مجرد عمل من أعمال التصرف .

ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع . لا أهلية التصرف فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . وعند ذلك يستطيع أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . فإذا كان قاصراً . مميزاً أو غير مميز . أو كان محجوراً عليه ولو لنفسه أو غفلة . ورهن عقاره ككفيل عيني . كان الرهن باطلاً لا قابلاً للإبطال . لأن الكفيل العيني يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه . كذلك لا يجوز . وهو قاصر أو محجور عليه ، أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو القيم عليه عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً لا قابلاً للإبطال . ولو كان ذلك بإذن المحكمة . لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . ويجوز أن يتمسك بالبطلان المطلق كل ذي مصلحة . فيتمسك به نفس الكفيل العيني بعد بلوغه من الرشد والدائن المرتهن (ويطلب حلول أجل الدين لبطلان الرهن) والولي والوصي والقيم ودائنو الكفيل العيني ومن اشترى العقار المرهون أو ارثته مرة ثانية وكان الشراء أو الرهن الثاني صحيحاً .

وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه . بل باشره غيره ،

وجب أن يكون هذا الغير وكيلًا عن الكفيل العيني ، ويجب أن تكون الوكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع ، فلا تكفي الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون الكفيل بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يستطيع أن يصدر هذه الوكالة . ويجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يرهن العقار ضماناً للوفاء به ، وإلا كان التوكيل باطلاً لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع .

إما إذا كان الكفيل العيني قاصراً ولو مميزاً ، أو محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة . لم يستطع أحد أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وقد قدمنا أن الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع ذلك ولو بإذن المحكمة . وإن فعل كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه عمل من أعمال التبرع^(١) .

المطلب الثاني

تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

ومن حيث الالتزام المضمون

١٥٥ - كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن : لم يكن مبدأ تخصيص

الرهن معروفاً في القانون الروماني ، فكان يجوز في هذا القانون أن يرهن الشخص رهنًا رسمياً جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلية ، ولم يكن يستثنى من عقارات المدين إلا ما تستثنيه الإرادة الضمنية أو ما ينزل عنه الدائن . وكان هذا المبدأ مجهولاً أيضاً في القانون الفرنسي القديم ، وكان الرهن الرسمي العام لجميع العقارات هو الرهن المعتاد في هذه العصور .

(١) انظر في كل ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٢٨ من ٨٤ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ - ص ٢٣ - سبر تناغر فقرة ٢٠ ص ٦٢ .

وفي عهد الثورة الفرنسية أباح قانون مسيدور (messidor) لسنة الثالثة، للثورة رهن جميع العقارات دون مراعاة مبدأ التخصيص ، ولكنه أوجب في قيد الرهن أن يخصص العقار المرهون ، وقرر في المادة ١٩ منه أن الرهن الرسمي لا يكون مكتوباً نهائياً إلا بالقيد . أما قانون ١١ برمير (brumaire) لسنة السابعة للثورة . فقد قرر مبدأ تخصيص الرهن . لا في القيد فحسب . بل أيضاً في عقد الرهن نفسه (م ٤ من هذا القانون) . ولما وضع التقنين المدني الفرنسي . كان مبدأ عدم تخصيص الرهن الرسمي أنصار عديدين يقولون بجواز عمومية هذا الرهن وعدم تخصيصه . وقام صراع عنيف بين هؤلاء الأنصار وأنصار تخصيص الرهن الرسمي ، ولم يتغلب هؤلاء الأخيرون ويسجلوا مبدأ تخصيص الرهن الرسمي إلا بفضل نشاط محكمة النقض الفرنسية التي انتصرت لمبدأ التخصيص^(١) . وبقي مبدأ تخصيص الرهن ثابتاً في القانون الفرنسي حتى اليوم . وكل رهن لا يكون مخصصاً يكون باطلاً^(٢) .

واتبع التقنين المدني المصري . القديم والجديد . مبدأ تخصيص الرهن ، وسجله في نصوصه . وجعل البطلان جزاء تخلفه .

ومبدأ تخصيص الرهن يقتضي أمرين : (١) تخصيص العقار المرهون ،

(١) انظر فينيه (Fenet) ٢ من ٦١٥ وما بعدها .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ تخصيص الرهن مقيد من حيث المدين الراهن ، ومن حيث الدائن المرتهن ، ومن حيث المصلحة العامة . فمن حيث المدين الراهن ، يحسن أن يخصص المدين العقار المرهون والمدين المضمون حتى لا يشمل جميع عقاراته عن طريق الرهن العام الشامل لجميع هذه العقارات . ومن حيث الدائن المرتهن ، يحسن أيضاً تخصيص الرهن ، حتى لا يتوالى الدائنون المرتهنون الواحد بين الآخر في ارتهاق جميع عقارات المدين ، وما ينجم عن ذلك من صعبات تأتي من عدم تخصيص عقار بالذات لكل دائن منهم ، فيكسب الدائن تأكيداً لضمان دينه ما يزيد على ما يفقده من اتساع رقعة العقارات المرهونة . ومن حيث المصلحة العامة ، تنجم الثروات المقاربة من جراء الرهن العام التي تشمل جميع العقارات . انظر في ذلك بودرى ودي لوان ٢ فقرة ١٢٦٦ .

فيجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن بالذات . (٢) تخصيص الدين المرهون . فيجب ذكر مقدار الدين الذي يضمنه الرهن الرسمي ، وتقرير قاعدة عدم تجزئة الرهن بالنسبة إلى هذا الدين ، وجعل الرهن تابعاً للدين فلا ينفصل عنه .

§ ١ - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

١٥٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار : ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

« ٢ - ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً » (١) .

وظاهر من هذا النص أن الرهن الرسمي يجب أن يقع على عقار يصح

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٢ من المشرع التمهيدي للوجه الآتي :

« ١ - لا يجوز أن يرهن إلا العقار الذي يصح التعامل فيه ويجوز بيعه في المزاد العلني ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . ٢ - يجب أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يكون التعيين وارداً إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً » . وقد عدلت لجنة المراجعة النص تعديلاً لفظياً ، فأصبح تحت رقم ١١٣٠ في المشرع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب عليه تحت رقم ١١١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١ - ص ٢٣) .

التفتين المدني السابق م ٥٥٩ / ٦٨٣ : العقار الذي من شأنه جواز بيعه بالمزاد العلني هو الذي يجوز رهنه ورد غيره .

م ٥٦٠ / ٨٦٤ : العقارات المرهونة يلزم تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومحلاً في عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .

التعامل فيه ويجوز بيعه بالمراد العلنى ، ويجب تعيينه تعييناً دقيقاً فى عقد الرهن من حيث طبيعته وموقعه . هذا ويشمل الرهن إلى جانب هذا العقار المرهون ملحقاته ، وكذلك ثماره من وقت إلحاق الثمار بالعقار . ويجوز رهن المبنى القائمة على أرض الغير ، فيكون للمرتهن حق التقدم فى ثمن الأنقاض إذا هدمت المبنى ، وفى التعويض إذا استبقى المبنى صاحب الأرض .

فنتكلم إذن فيما يأتى : (١) وقوع الرهن الرسمى على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمراد العلنى . (٢) تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه . وهذا الأصل فى تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون . (٣) شمول الرهن للملحقات العقار المرهون . (٤) شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار . (٥) رهن المبنى القائمة على أرض الغير رهنأ رسمياً .

١٥٧ - وقوع الرهن الرسمى على عقار يصح التعامل فيه ويجوز

بيعه بالمراد العلنى : والرهن الرسمى لا يقع إلا على العقار . أما المنقول فلا يصح استقلالاً أن يكون محلاً للرهن الرسمى . وعلى ذلك لا يصح رهن الأموال المنقولة . أى الحقوق العينية التى تقع على منقول كحق ملكية المنقول وحق الانتفاع به . فلا يجوز رهن سيارة أو ساعة مهما كانت ثمينة أو مجوهرات رهنأ رسمياً . وإن كان يجوز رهنها رهن حيازة كما سئرى . على أن هناك منقولات وردت نصوص خاصة تجيز رهنها رهنأ رسمياً ، وهذه هى المحال التجارية (fonds de commerce) فقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رهنها رهنأ رسمياً . وبين الإجراءات التى تتبع فى ذلك . ذلك أن المحال التجارية لا تعتبر منقولا مادياً . بل هى منقول معنى إذ تشمل خلاف العناصر المادية ، عناصر معنوية كالاسم التجارى والسمعة التجارية والعملاء ونحو ذلك . والمحال التجارى لا يخضع على كل حال للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فـرهنها رهنأ رسمياً

لا يعرضها لهذه القاعدة التي تضع أهم فوائد الرهن الرسمي ، هذا إلى أنه يتيسر وضع نظام لشهر الرهن الرسمي على المحال التجارية^(١) . كذلك يجوز الرهن الرسمي الوارد على السفن بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ . لأنها لا تخضع لقاعدة حيازة المنقول ويمكن أن يوضع لها نظام لشهر الرهن^(٢) . وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية ، عرف نظام رهن السفن النهرية ورهن الطائرات (اتفاقية جنيف سنة ١٩٤٨) .

ويجوز رهن العقار رهناً رسمياً . سواء كان هذا العقار حق ملكية في عقار كملكية أرض أو ملكية منزل . أو حق رقعة عتارية . أو حق انتفاع عقارى^(٣) .

(١) انظر في هذا المسمى بيدان وفواران ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعد - بلانبول وديبير وببيكيه ٢ فقرة ٢٥٣ وما بعدها - شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ .

(٢) مصطفي كمال طه في أصول القانون البحري فقرة ٧٤٨ ص ٧٣٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٠ ص ٢٥ - سدير تناغر فقرة ١٣ .

ولا يجوز رهن الحقوق انشخصية رهناً رسمياً ، أيا كان محلها ، وسواء كان هذا المحل ذو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ولو كان هذا الشيء عقاراً . فلا يجوز رهن الدين رهناً رسمياً ، ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصي ولو كانت العين المؤجرة عقاراً .

(٣) انظر في عدم جواز رهن حق الانتفاع شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٣ - ص ١٥٦ - ولكن لا شك في أن حق الانتفاع العقارى عقار ، يجوز رهنه رهناً رسمياً ، وهذا هو الرأي السائد في مصر (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٢٧ - ص ٣٨ - شفيق شحاتة ص ٣٣ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٠ ص ٣١٥) .

وحق الانتفاع يزول حتماً بموت المنتفع ، فيزول الرهن بزوال محله - وكذلك ينتهي بانتهاء أجله ، فيزول الرهن كذلك ، وإذا رهن حق الانتفاع ، وجب ألا يكون ذلك لأزيد من مدته . ولا يدخل في الرهن حق المنتفع في جنى الثمار وقبضها ، ولا يتقدم الدائن المرتهن في ثمن هذه الثمار ، وإنما يتركز حقه في حق الانتفاع ذاته لا فيما ينتج من ثماره ، إلا إذا التحقت الثمار بحق الانتفاع عند نزع ملكية هذا الحق . ولا يجوز للمالك أن يرهن من ملكه حق =

كذلك يجوز رهن حق المحتكر أى الحكر . ويشمل الرهن فى هذه الحالة ما أحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة من بناء أو غراس ، إلا إذا رهن المحتكر حقه فى الحكر وحده دون البناء أو الغراس . وكذلك يجوز رهن حق صاحب الرقبة فى الأرض المحكرة . لأن هذا الحق يعتبر عقاراً فيجوز رهنه .

ويجوز رهن حق الارتفاق ، وإن كان تبعاً لعقار المرتفق لا وحده . لأنه لا يجوز بيع حق الارتفاق منفصلاً عن العقار المرتفق .

ويجوز رهن الحق العقارى المتنازع فيه . ويشمل ذلك الدوى المتعلقة به ، ولكن لا يجوز رهن الدوى دون الحق^(١) .

أما حق الرهن الرسمى منه . فلا يجوز فى فرنسا رهنه رهنأ رسمياً . لأن المادة ٢١١٨ مدنى فرنسى ذكرت على سبيل الحصر الأموال التى يجوز رهنها رهنأ رسمياً وليس حق الرهن الرسمى منها . ولأن المادة ٧٧٥ مرافعات فرنسى نصت على وجوب وسمة الناتج من الرهن قسمة غرماء بين دائئى الدائن المرتهن فاعتبر ذلك الناتج منتولاً لا عقاراً^(٢) . وهذا هو الرأى السائد فى مصر^(٣) . ولكن يجوز على كل حال رهن الدائن للدين المضنون بالرهن

= الانتفاع ، لأن حق الملكية للكمال لا يقبل ظهوراً حق الانتفاع (بلانبول وريبير وبيكبه ١٢ فقرة ٣٥٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ هامش ٢) .

فإذا انضم إلى الرقبة حق الانتفاع وأصبحت الملكية كاملة ، شمل رهن الرقبة هذه الملكية الكاملة . ذلك لأن حق الانتفاع يعتبر من ملحقات الرقبة ، إذا انضم إليها ، ويشمله الرهن . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا ملك صاحب حق الانتفاع المرهون الرقبة ، أصبح مالكا ملكية كاملة ، ولكن حق الانتفاع وحده يبقى مرهونا (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ - ٣٩) .

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٤ - چوسران ٢ فقرة ١٦٦٠ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٩ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٧ - چوسران ٢ فقرة ١٩٥٩ .

(٣) جرانمولان فقرة ٣٣٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٥١ - شمس الدين التوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هامش ١ - شفيق شعاعه فقرة ٣٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ - وإن كان الأستاذ سليمان مرقس يرى إعادة النظر فى هذا الرأى ، ويقدم الأدلة التى تدعو لذلك (سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ هامش ٢) .

الرسمى رهن حيازة فيتبع الرهن الرسمى الدين فى رهنه ، كما يجوز له أن يبيع الدين ويتبعه فى ذلك الرهن الرسمى (١).

ويجب أن يكون العقار المرهون رهنأ رسمياً مما يجوز التعامل فيه ومما يجوز بيعه بالمزاد العلنى ، فلا يجوز رهن الوقف ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « يجب أن يكون المال الذى صح رهنه رهنأ رسمياً عقاراً يجوز التعامل فيه ، فلا يجوز رهن الوقف » (٢) . ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه (٣) ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد : « كذلك يجب أن يكون جائزاً بيعه فى المزاد العلنى . فلا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف لبيعته (٤) . كذلك لا يجوز رهن

(١) پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٦ - بيدان وفواران ١٣ فقرة ٢٥٧ ص ٣٦٨ - شفيق شحاتة فقرة ٣٥ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٤٦ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ - ص ٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٨ ص ٣١٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥ ص ٢٨ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ - ويلاحظ أنه قد يكون الفرض من شرط المنع من التصرف لا يتعارض مع بيع العقار فى المزاد ، وعندئذ يجوز رهن العقار مع أنه ممنوع من التصرف فيه . مثل ذلك أو بشرط البائع حل المشتري منع التصرف فى العقار المبيع حتى ينو المشتري بالتمن ، فهنا يجوز للمشتري أن يرهن العقار المبيع ، لأن الدائن المرتهن إذا أراد بيع العقار طهره حتماً بما عليه من تأميمات بما فى ذلك امتياز البائع . فيستوفى البائع حقه أولاً دون أن يتنع العقار ، ثم يستوفى الدائن المرتهن بعد ذلك حقه المضمون بالرهن (إسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية ٢ ص ٦٩ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١ - أحمد سلامة فقرة ٤٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٦ - ص ٢٧) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

ونرى مع بعض الفقهاء أن جواز التعامل فى العقار المرهون معناه ، أن هذا العقار يجوز بيعه بالمزاد العلنى (انظر شفيق شحاتة فقرة ٢٧ - وانظر شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٧ - ص ١٥٩ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٢٧ هامش ٢ - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٢ هامش ٤) .

ما لا يجوز التعامل فيه محافظة على النظام العام والآداب ، كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للسهارة . ولا يجوز أن يرهن رهناً رسمياً العقار المقصور على مالكه ، كحق الاستعمال وحق السكنى ، لأن المالك لحق الاستعمال أو حق السكنى لا يستطيع النزول عن حقه إلا بناء على شرط صريح أو لمبرر قوى (م ٩٩٧ مدني) (١) .

١٥٨ — تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه : رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٥ مدني تنص على أن العقار المرهون يجب أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد أمكنت تكملته في ورقة لاحقة تكون هي أيضاً رسمية . وتعتبر ملحقة لعقد الرهن » (٣) .

فبدأ تخصيص الرهن (١) إذن يقتضى أولاً تعيين العقار المرهون بالذات ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد نص في القانون يحد من حق الدائن المرتهن الذي أصبح رهنه غير كاف لسداد الدين من طلب ضمان إضافي من طريق استصدار حكم بالدين يميز له أخذ اختصاص على عقارات لمدينه . وقد تمتد ضرورة الالتجاء لإجراء كهذا ، سواء لعدم كفاية الرهن الناتج من بيع الأعيان المزروع ملكيتها ، أو من هبوط قيمة الأعيان المرهونة لدرجة تؤثر في سداد الدين المضمون ، أو بسبب خشية استحقال الغير لها ، وبصفة عامة بسبب ضياع أو نقصان التأمينات المطاة . وحق الأولوية الذي للدائن المرتهن هل يمتد لأحكام مدينه ، لا يمنع من حقه العام على جمع أملاكه الأخرى التي تعتبر منضمة لها (استئناف تظلم ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ الهامة ١٩ رقم ٢٠١ ص ٤٥١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٤) principe de spécialité .

فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات ، أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة كذا . ومنى عين العقار المرهون بالذات ، وجب تحديده تحديداً دقيقاً من ناحيتين : (الناحية الأولى) من حيث طبيعته ، فيقال إن هذا العقار هو أرض أو منزل أو مصنع أو غير ذلك من العقارات ، وإذا كان أرضاً فهل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك . وبحسن ذكر حدود هذا العقار ، ومساحة رقعته ، وما يحمله من مميزات . وما أعد له من أغراض وخدمات ، وغير ذلك مما يجعل العقار موصوفاً وصفاً تاماً يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة . ويجب ذكر ما إذا كان ملكاً كاملاً أو حق رقة أو حق انتفاع^(١) . (الناحية الثانية) من حيث موقعه ، فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار ، وموقع العقار من هذه الجهة ، وما يحيط به من جيران وعقارات أخرى ، بحيث يتميز العقار تميزاً تاماً عن سائر العقارات المجاورة له في الجهة التي هو فيها ، فلا يلتبس بغيره من العقارات^(٢) .

ويجب أن يحدد العقار هذا التحديد الدقيق في نفس عقد الرهن الرسمي ، فلا يكفي التحديد في القيد ، لأن التحديد في القيد شيء آخر يفيد الغير ولا شأن له بنفس العقد . فإذا لم يحدد العقار في نفس العقد الرسمي ، أو حدد تحديداً غير دقيق ، وجب إلحاق العقد بورقة أخرى ، تكون هي أيضاً رسمية . يحدد فيها العقار تحديداً دقيقاً أو يستكمل فيها ما نقص من هذا التحديد في العقد الرسمي . وتعتبر هذه الورقة ملحقة للعقد الرسمي . فيكون العقد الرسمي

(١) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٠ ص ٤٨٩ وفترة ١٣٧١ ص ٤٩١ - أوبري وزو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ ثالثاً - بلانيون وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣٢ .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧ ص ٤٨٩ - ص ٤٩٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٩ (ذكر اسم الشارع الذي يوجد فيه المنزل ورقم هذا المنزل) - سليمان مرنس فقرة ٣٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٠ - منصور مصطن منصور فقرة ١٢ - سمير تناغر فقرة ١٤ .

مشتملاً على ورقتين ، ورقة يذكر فيها العقد وأخرى يحدد فيها العقار المرهون تحديداً دقيقاً .

وجزاء عدم التحديد الدقيق على الوجه الذى سبق بيانه هو البطلان المطلق ، لأن هذا التحديد الدقيق هو أصل من أصول تخصيص الرهن . ومبدأ تخصيص الرهن مبدأ جوهري لا يقوم الرهن بدونه - ولا يجوز أن يغفل هذا التحديد الدقيق في عقد الرهن الرسمى أو في ملحقه . اكتفاء بذكره في قيد الرهن ، فان الرهن لا يقيد إلا إذا كان صحيحاً ، والرهن الرسمى دون هذا التحديد الدقيق يكون باطلاً كما قدمنا . فاذا لم يحدد العقار المرهون تحديداً دقيقاً فأصبح الرهن الرسمى باطلاً . لم بصححه القيد ولو احتوى على هذا التحديد الدقيق^(١) . وإذا كان الرهن الرسمى باطلاً لعدم التحديد الدقيق ، أمكن أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة : الدائن المرتهن والراهن وورثة كل منهما والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة والحائز للعقار^(٢) .

ويتضمن عقد الرهن الرسمى الباطل وعداً صحيحاً بعقد رهن رسمى آخر ، فإذا لم يقم به الراهن ، جاز للدائن المرتهن أن يعتبر أن الراهن قد أخل بوعده . فيحل الدين فوراً ويفقد المدين سعة الأجل^(٣) .

١٥٩ - شمول الرهن للمحقات العقارية المرهونة - نص قانونى : تنص

المادة ١٠٣٦ مدنى على ما يأتى :

(١) جيوار ٢ فقرة ١٠٢٨ - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٩ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ - پلانيول ريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٢) هيك ١٣ فقرة ٢١٦ - لوران ٣٠ فقرة ٥١٢ - جيوار ٢ فقرة ١٠١٧ - أورى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٣ - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٧ - پلانيول ريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٣) لوران ٣٠ فقرة ٥١٣ - جيوار ٢ فقرة ١٠٢٩ - أورى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٥ مكرر - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٨ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ - پلانيول ريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

« يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ (١) .

وهذا النص يجعل الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ، لأن هذه الملحقات تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هي :

١ - حقوق الارتفاق : ويقصد بها حقوق الارتفاق الإيجابية التي تكون تابعة للعقار المرهون ، فيكون هذا العقار عقاراً مرتفقاً ، له ارتفاق على عقارات أخرى مجاورة . ذلك أن حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ، فلا يفصل عنه . فإذا بيع العقار بيعت معه حقوق ارتفاقه ، وكذلك إذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٣ من المشرع التمهدي حل الوجه الآتي : ١ - « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . فإن كان الرهن مرتباً على حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى مالك للرقبة ، فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مشفلاً به من حقوق مبنية . ٢ - لا أثر للرهن في الحقوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات المين المرهونة . وفي لجنة المراجعة حطفت الفقرة الثانية والجزء الأخير من الفقرة الأولى ، مع النص على عدم الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المماريين المنصوص عليه في المادة ١٢٥٢ ، وأصبح رقم المادة ١١٣١ في المشرع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣ - ص ٢٦) .

للتعنين الملحق السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغیر تعيين حصته منه ، وجميع ملحقاته وما يحدث فيه . من الإصلاحات ، والأبنية التي تعود بنفسها على مالكة ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

رهن فإن حقوق الارتفاق تصبح مرهونة مثله^(١) . وتكون حقوق الارتفاق مرهونة مع العقار ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق هذه إلا بعد عقد الرهن ، لأنها تعتبر تابعة للعقار^(٢) .

٢ - العقارات بالتخصيص : والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار ولكن هذا المالك رصده وفقاً على خدمة العقار واستغلاله ، فهو إذن يلزم العقار ويتبعه في مصيره بيعاً أو رهناً أو أى تصرف آخر من التصرفات . ولا يجوز فصله عن العقار ، وإلا أصبح منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية وأدوات النقل والسماد والبذور والمفروشات المخصصة لخدمة فندق والآلات المخصصة لخدمة مصنع ونحو ذلك ، مع العقار المرهون في الرهن ، دون حاجة إلى ذكر ذلك . لأن هذه العقارات بالتخصيص تتبع العقار الأصلي ، فتصبح مرهونة مثله ويستوى أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت عقد الرهن أو وجد بعد ذلك ، فكل عقار بالتخصيص يلحق بالعقار الأصلي في الرهن ، أباً كان تاريخ وجوده^(٣) . وإذا دخل العقار بالتخصيص في الرهن ، ثم فصله الراهن عن العقار الأصلي ، كأن باعه وسلمه إلى المشتري ، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولاً ،

(١) جيوار ٢ فقرة ٦٧٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٢٢ - سير تناغر فقرة ١١ ص ٤٨ .

(٣) انظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٩ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩١٦ - بيدان وفواران فقرة ٣٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٦٤٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٦٦٨ - چوسران ٢ فقرة ١٦٥٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٤٩ - وفلك مالم يتفهي حل غيره (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٧ ص ٥٥١) ، ويتم صبه إثبات ذلك على من يدعيه (سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٤٨) .

ولا يحتج عليه بأنه كان مرهوناً مع العقار الأصلي لأنه حازه وهو يعتقد بحسن نية أنه خالٍ من الرهن . ولكن يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على الثمن وهو في يد المشتري . إذا كان هذا لم يدفعه للبائع . لأن الرهن شمل الثمن ويتقدم فيه الدائن المرتهن^(١) . أما إذا باع الراهن العقار بالتخصيص ولكن لم يسلمه للمشتري ، فإنه يبقى مرهوناً مع العقار الأصلي كما كان ، حتى لو كان المشتري حسن النية ما دام أنه لم يحزه . ويستطيع الدائن المرتهن أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشتري^(٢) .

٣ - التحسينات والإنشاءات : وكثيراً ما يستحدث مالك العقار المرهون هذه التحسينات ويقم هذه المنشآت ، فتدخل ضمناً . دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك ، في الرهن باعتبارها تابعة للعقار المرهون . ولا يقصد بالتحسينات والمنشآت ما نشأ نتيجة للتقلبات الاقتصادية كارتفاع سعر العقار المرهون . أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة كمشروعات للإنارة أو للكهرباء أو للرى أو للصرف ، فكل هذه يستفيد منها العقار فيعلو سعره ويدخل هذا العلو في الرهن ، ولكنها لا تعتبر هي التحسينات والمنشآت المقصودة^(٣) . وما أنتجته الطبيعة من تحسينات في الأرض ، كتراكم الطمي

(١) سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٤٨ .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩١٧ - بيدان وفواران فقرة ٣٥٤ - بلانيول وريبير وبكيه ١٢ فقرة ٣٨٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ hypothèque فقرة ١٧٠ ص ٩١٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٨ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦ - سليمان مرقس فقرة ٣٣ ص ٤٩ - سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٤٩ .

ويشمل الرهن العقار بالتخصيص حتى لو كان الراهن لم يدفع ثمن المنقول الذي أصبح عقاراً بالتخصيص ، ويتأخر امتياز بائع المنقول على حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان الدائن المرتهن يعلم وقت تخصيص المنقول لخدمة العقار بوجود امتياز للبائع (استثناءات مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ - سليمان مرقس ٣٣ ص ٤٨ هامش هـ . وقارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥) .

(٤) سمر تناغر ١٦ ص ٤٩ - ص ٥٠ .

الذى يزيد من مساحة الأرض ، يعتبر تحسیناً بفعل الطبيعة ويدخل ضمن الرهن . أما المقصود بالتحسينات هنا ، فهو ما يصنعه صاحب العقار المرهون بنفسه ، كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام . فكل ما يصنع من ذلك يعتبر تحسیناً يدخل ضمن الرهن (١) . وكذلك الإنشاءات التى يزيد بها صاحب العقار المرهون . كأن يبنى طابقاً جديداً أو يستحدث بناء على الأرض المرهونة أو يضيف إلى البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمته . كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه فى الرهن (٢) . ويستوى أن تكون التحسينات والإنشاءات قد حدثت قبل عقد الرهن أو حدثت بعد ذلك ، فما دامت قد أصبحت عقاراً ملحقاتاً بالعقار الأصلى المرهون ، فإنها تدخل معه فى الرهن . وتدخل التحسينات والإنشاءات أياً كانت قيمتها ، ولو زادت القيمة على العقار الأصلى المرهون نفسه (٣) . وإذا قام الغير ، كمتأجر ، بالإنشاءات لخدمته ، فإنها لا تدخل فى الرهن ما دامت فى ملك المستأجر (٤) . حتى إذا انتهى

(١) ويعتبر تحسیناً ما ينقضى من حقوق كانت تثقل العقار المرهون ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع (دلابول وريبير وبيكبه ١٢ فقرة ٣٨٦ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٥٠ هامش ٢) . وإذا نص صريحاً فى عقد الرهن أنه لا يشمل نصب العقار المرهون ، بل وجميع التحسينات والزيادات الحاصلة فيه ، فإن هذا الرهن يشمل الطابق الحديد المبنى فى العقار ، ويدخل فى نزع الملكية (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٧٢ ص ٩٣٦) .

(٢) فتدخل المباني المستحدثة فوق الأرض كجزء من الأرض المرهونة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٩) ، وكذلك ربيع هذه المباني (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨)

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٥٠ .

(٤) ويجوز للمستأجر رهن هذه الإنشاءات ، ما دامت فى ملكه (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ - سليمان مرقور فقرة ٣٤ ص ٥٢) .

الأمر بأن دخلت في ملك صاحب العقار المرهون ، فإن الرهن يشملها^(١) ولا يعتبر رهناً مالم مستقبل أن تكون المنشآت قد أقيمت بعد الرهن ، فإن الرهن يشملها لاستقلته بل باعتبارها قد أصبحت تابعة للعقار المرهون^(٢) . وإذا امتد الرهن إلى المنشآت والتحسينات فإنه يمتد بمرتبة الأصلية لا من تاريخ وجود هذه المنشآت والتحسينات ، حتى لو لم تقم هذه المنشآت والتحسينات إلا بعد مدة طويلة انقضت بعد عقد الرهن^(٣) .

وليس ما ذكرناه هو وحده الذي يلحق بالعقار المرهون فيدخل في الرهن ، بل كل ملحق بالعقار المرهون يدخل في الرهن إذا اعتبر عقاراً مثله . فيدخل حق الانتفاع باعتباره تابعاً للعقار المرهون ، وعلى ذلك إذا رهن مالك الرقبة ما يملكه وهو الرقبة ، وكان حق الانتفاع مفصولاً من الرقبة ومقررراً لشخص آخر ، ثم انتهى حق الانتفاع قال إلى الرقبة ، دخل حق الانتفاع باعتباره ملحقاً بالعقار المرهون^(٤) .

ويدخل كذلك حق الحكر ، إذا رهن صاحب الرقبة ما يملكه ثم انقضى حق الحكر أو نسخ ، فإنه يلتحق بالرقبة المرهونة ويصير مرهوناً مثلها^(٥) . ويدخل كذلك في الرهن الحائط المشترك الذي يحد العقار المرهون ، باعتبار أنه ملحق بهذا العقار^(٦) ، كما يدخل صاحب سطح الأرض المرهون

(١) منصور مصفاي منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - ص ٣٥ - صير تناظر فقرة ١٦ ص ٥٠ - وإذا كان الباني مل للعقار المرهون يستحق تعويضاً ، أخذه من مالك العقار المرهون لأن هذا المالك قد زاد البناء في قيمة ملكه ، ولا يرجع الباني بدهوى الإثراء بلا سبب على الدائن المرتهن إذا نزع هذا ملكية البناء مع العقار المرهون وحصل بذلك على حقه (سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥١ هامش ٤ - مكرس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٣٠) .

(٢) صير تناظر فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٣) صير تناظر فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ - صير تناظر فقرة ١٦ ص ٥٢ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٧ .

(٦) كولان وكابيثان ٢ فقرة ١٦٦٨ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢

في التعويض الذي يأخذه من منجم في بطن الأرض^(١) . والمهم أن يكون الذي يدخل في الرهن هو ملحق للعقار المرهون يعود بمنفعة على المالك^(٢) ، وأن يكون في الوقت ذاته معتبراً عقاراً مثله^(٣) ، فقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني كما رأينا على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً » .

وقد لاحظ المشرع المصري أنه قد يدخل ضمن الرهن ، كملحقات للعقار المرهون ، ما يكون مثقلاً بحق امتياز المقاول أو المهندس المعماري ، وذلك كالمنشآت والتحسينات التي يقيمها صاحب العقار المرهون فتدخل في الرهن وعليها امتياز للمقاول أو المهندس المعماري الذي بناها . هذا الامتياز قد يكون متأخراً في مرتبته عن حق الرهن الأصلي ، بأن تكون المنشآت أو التحسينات لم تقم إلا بعد الرهن . ومع ذلك يتقدم المقاول أو المهندس المعماري بامتياز هذا المتأخر على الدائن المرتهن المتقدم ولو كان الدائن المرتهن لا يعلم بحق الامتياز . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠٣٦ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول : « مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ ، »^(٤) .

(١) فلانبول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) فلا يدخل في الرهن ما استحدث الساجر من منشآت في العين المرهونة مادامت المنشآت مملوكة للساجر ، فإذا ما آلت ملكيتها للمالك وأصبح يستطيع الانتفاع بها ، دخلت في الرهن كما قدمنا .

(٣) فلا يدخل في الرهن ما يعتبر منقولاً من ملحقات العقار ، كالمزببات المخصصة لركوب صاحب هذا العقار وأثاث المنزل المخصص لسكنى المراهن والمواشي والآلات التي يستأجرها المراهن نظمة للعقار (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ - سليمان مرقس فقرة ٣٢ ص ٤٢) .

(٤) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى للمادة ١٠٣٦ مدني ما يأتي : « يلحق بالعقار في الرهن ، فيكون مرهوناً مثله في نفس الدين ، دون حاجة إلى ذكره في العقد ، كل ما يكون من ملحقات العقار ويعتبر عقاراً . مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من =

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام . فيجوز للدائن المرتهن وصاحب العقار المرهون أن يتفقا على إخراج التحسينات والإنشاءات أو حق الانتفاع أو غير ذلك من الرهن ، فلا يصبح مرهوناً مع العقار المرهون . وقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني على ذلك . إذا تقول « ما لم يتفق على غير ذلك » .

١٦٠ — شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار — نص قانوني :

تنص المادة ١٠٣٧ مدني على ما يأتي :

« يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يقفه من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل . ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار » (١) .

= حقوق الارتفاق ، ومثل ذلك أيضاً المقارنات بالتخصيص التي أخذها المالك لخدمة العقار ، سواء كانت من قبل الرهن أو أعدت بعده ، ومثل ذلك أخيراً ما أدخل على المقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت في قيمته وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشملها مهما كان كبيراً . كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة وملك الراهن البناء بالاتصاف ، فإن الرهن يشمل البناء . وتطبيقاً لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعاً للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهوناً واشترى مالك الرقبة المرهونة ، فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذي رقب على حق الانتفاع من قبل . وكذلك الأمر في ملحقات المقار المرهون إذا كان للغير حقوق عليها ، فإن الرهن الذي يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر في هذه الحقوق ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشي لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤ — ص ٢٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٨ ، ثم بجامس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦ — ص ٢٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن يقابله في تقنين المرافعات الأسبق م ٥٤٥ / ٦٢٣ : يترتب على تسجيل التنبيه إلحاق إيرادات الثمار المقصود نزعها من يد المدين وثمراته به ، ويوزع ما يخص المدة التي أعقبت ذلك التسجيل من كل منها كما يوزع ثمن العقار .

ويؤخذ من هذا النص أن ثمار العقار المرهون تلتحق بهذا العقار . ويجرى في توزيعها ما يجرى في توزيع ثمن العقار ، من وقت إلحاق الثمار بالعقار عند الشروع في نزع ملكية العقار . سواء كان نازع الملكية هو الدائن المرتهن أو أى دائن آخر ولو كان دائناً عادياً . أما قبل إلحاق الثمار بالعقار ، فالثمار من حق صاحب العقار المرهون وله قبضها . وقد نصت المادة ١٠٤٤ مدنى فى هذا الصدد على أن « نراهن الحق فى إدارة العقار المرهون . وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » . وهذا هو الذى يميز الرهن الرسمى . فالراهن لعقاره رهناً رسمياً لا يحرم نفسه من ثمار عقاره . فهى ملكه وله أن يقبضها إلى أن تلتحق بالعقار » (١) .

يبقى إذن أن نحدد بالضبط متى تلتحق الثمار بالعقار . فيتقدم فيها الدائن المرتهن بحسب مرتبته كما يتقدم فى استيفاء دينه من ثمن العقار نفسه . تقول المادة ١٠٣٧ مدنى ، كما رأينا . أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ، ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعتبت التسجيل » . فتلتحق الثمار بالعقار المرهون من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . وهذا لم إذا كان العقار المرهون لا يزال فى ملك الراهن . أما إذا انتقل العقار المرهون إلى ملك حائز للعقار . فقد نصت المادة ١٠٧٩ مدنى على أنه « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية . فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » . فإذا كانت الثمار مدنية . وهى ما يسميها المشرع بالإيرادات . فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت

(١) وتشمل ثمار الثمار ثمار ملحقاته ولو أنشئت بعد الرهن ، كبناء مطابق جديد بعد الرهن فوق المنزل المرهون (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) . وإذا باع الراهن الثمار قبل إلحاقها بالعقار ، ثم حثت بعد ذلك ، فإنها تكون ملكاً مشتركاً (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣ ص ١٦٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) .

رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ، ويوزع على الدائنين المرتهين بحسب مراتبهم كما يوزع ثمن العقار المرهون نفسه . فإذا كان العقار المرهون منزلاً وكان مؤجراً ، فإن أجره المنزل من وقت تنبيه نزع الملكية أو من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد المنزل تلحق بالعقار ، وتوزع مع ثمن العقار على الدائنين المرتهين بحسب مراتبهم . أما ما يستحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل التنبيه أو على الإنذار فإنه يكون من حق صاحب العقار المرهون ، ولو لم يتم الوفاء إلا بعد التسجيل أو الإنذار^(١) .

أما إذا كانت الثمار طبيعية أو مستحدثة ، فهناك رأى يذهب إلى أن العبرة فيها بتاريخ الحنى ، فإذا كان التاريخ بعد التسجيل أو الإنذار ألحقت كلها بالعقار ، ولا يعقد بالمدة التى بقيت فيها هذه الثمار بالأرض قبل التسجيل أو الإنذار ما دامت قد جنت بعد ذلك . فلو أن الثمار هى محاصيل الأرض ، وبقيت هذه المحاصيل فى الأرض تسعة أشهر منها ستة أشهر قبل التسجيل أو الإنذار وثلاثة أشهر بعد ذلك ، فما دامت قد جنت بعد التسجيل أو الإنذار فإنها تعتبر كلها ملحقة بالعقار المرهون ويوزع ثمنها على الدائنين المرتهين كما يوزع ثمن العقار نفسه ، ولو أن هذه المحاصيل بقيت فى الأرض ثلثى المدة قبل التسجيل أو الإنذار وثلث المدة فقط بعد ذلك^(٢) . ويستند هذا الرأى إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة لا تعتبر مقبوضة إلا من وقت فصلها ، بخلاف الثمار المدنية فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (م ٢/٩٧٨ مدنى) .

ولكن الرأى السائد ، وهو الرأى الذى نأخذ به ، يذهب إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة هى كالثمار المدنية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التى أعقبت التسجيل أو الإنذار إلى كل المدة التى بقيت فيها هذه الثمار بالأرض . ففى المثل السابق ، لا يلتحق بالعقار المرهون إلا ثلث المحصول ،

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ .

(٢) محمد حامد فهى فى التنفيذ فقرة ٣٥٢ - شفيق شحاتة فقرة ١٢٥ ص ١١٤ .

أما الثلثان فيكونان من نصيب الراهن . ونستند في هذا الرأي إلى أنه لا مبرر للفرقة بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة في هذا الصدد ، وإلى أنه ما دامت هذه الثمار الطبيعية أو المستحدثة بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل أو الإنذار فإن ما يقابل هذه المدة منها يكون من حق الراهن . وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣٧ مدني ، فهي تقول : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل . . . » (١) .

١٦١ - رهن المباني القائمة على أرض الغير رهنا رسمياً - نص قانوني :
تنص المادة ١٠٣٨ مدني على ما يأتي :

« يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها . وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقراض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبنى وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق » (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ ص ٢٤٦ - محمد حل إمام فقرة ١٧٢ ص ٢٧٠ - جمال الدين زكي ص ٢٢٦ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٦٧ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٢ - عبد الحمم فرج الصدة فقرة ٥٨ ص ٨١ - أحمد سلامة فقرة ٦١ ص ١٩٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ - ص ٣٧ - سمير تافسر فقرة ١٧ ص ٥٤ - ص ٥٥ - ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يلحق بالبقار من الثمار إلا بقدر المدة التي أعقبت التسجيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ - ص ٢٩) .

التعنين المدني السابق : لا مقابل .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجوز لشخص غير مالك الأرض أن يقيم على الأرض مباني يملكها ، فتكون الأرض مماوكة لشخص والمباني مملوكة لشخص آخر . نفرض مثلاً أن مستأجراً للأرض أو صاحب حق انتفاع أو مجرد حائز حصل من صاحب الأرض على الحق في إقامة منشآت في الأرض على أن تبقى هذه المنشآت ملكه . فإذا انقضت المدة المتفق عليها كان لمالك الأرض أن يستبقى المباني التي يملكها بموجب حق الالتصاق ويعطى لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي يحدده القانون طبقاً لقواعد الالتصاق . أو أن يطالب من صاحب المباني هدمها وأخذ نقاضها أو بيع هذه الأنقاض . وقد نصت المادة ٩٢٢ مدني على هذا الحكم ، فهي تقول : « ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكاً له . ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها » . فيجوز إذن أن يكون لأجنبي على أرض الغير مبان ومنشآت ، يملكها تحت شرط فاسخ . فإذا انقضى الميعاد المتفق عليه ووجب خروج الأجنبي من الأرض ، كان لمالك الأرض الحق في تملك المباني بالالتصاق على أن يدفع لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي حدده القانون في حالة التملك بالالتصاق ، أو الحق في أن يطالب من صاحب المباني هدمها وأخذ الأنقاض أو بيعها . وفي هذه الحالة يكون المستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الحائز مالكا للمباني ، إلى أن يستعمل صاحب الأرض حق حيازة . فالمباني إذن تكون عقاراً مملوكاً لشخص غير مالك الأرض . وعلى ذلك يجوز لصاحب الماني أن يتصرف فيها كعقار ، وأن يرهنها رهناً رسمياً . وفي هذا تقول العبارة الأولى من المادة ١٠٣٨ مدني سالف الذكر :

« يجوز لمالك المبنى القائمة على أرض الغير أن يرهنها . . . » (١) .

فإذا رهن المبنى صاحبها رهناً رهنياً ، وحل الدين المضمون بالرهن قبل أن يستعمل صاحب الأرض خياره ، كان لصاحب المبنى أن يفي بالدين ، وإلا نزع الدائن المرتهن ملكيته المبنى المرهونة لاستيفاء دينه من ثمنها (٢) . وقد يبيع صاحب المبنى مبنيه وهي مرهونة ، فيجوز للدائن المرتهن أن يتبع المبنى وهي في يد الحائز ، وينفذ عليها بدينه كما يفعل أى دائن مرتهن بالنسبة إلى العقار المرهون إذا باعه صاحبه إلى حائز (٣) .

أما إذا استعمل صاحب الأرض حق خياره قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فإن استبقى المبنى وحب عليه دفع التعويض المنفق عليه عليه أو الذى حدده القانون وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (م ٩٢٥ - ٩٢٦ مدنى و م ٥٩٢ للمستأجر) . وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن على هذا التعويض حق التقدم . بما له من حق الرهن على المبنى ولحلول تعويض كل المبنى جلولا عينياً . أما إذا طلب صاحب الأرض إزالة المبنى ، فأزالها من بناها وباع الأنقاض . فإن الدائن المرتهن يكون له حق -

(١) نقض فرنسى ١٩ يولييه سنة ١٨٩٣ دلفوز ٩٣ - ١ - ٦٠٣ - ١٩ يولييه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٩٥ - استئناف مغلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥١٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦ و فقرة ٢٢٣ ص ٦٢٧ و ٣ فقرة ٢٥٩ حاش ٥ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠١ (١) - بيدان وفواران فقرة ٣٧٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٠٦٨ ص ٤٠٤ - شمس الدين أوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٢ - مصور مصفى مصور فقرة ١٩ ص ٤٨ وحاش ١ - سمير تناغر فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ - سمير تناغر فقرة ٢٤ ص ٧٨ - سليمان مرقس فقرة ٥١ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ - سمير تناغر فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

التقدم على ثمن الأنقاض إذ حلت محل المبنى حلولا عينياً ، فكان للدائن المرتهن حق التقدم في ثمنها^(١) .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة في رهن صاحب العقار عقاره وفي التملك بموجب حق الالتصاق ، وعلى ذلك يجوز لصاحب المبنى رهنها على الوجه الذي قدمناه ، ومتى عينها تعييناً دقيقاً كان هذا تخصيصاً للرهن من ناحية العقار المرهون .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الأحكام التى تقدم ذكرها ، فهى تقول : « إذا رهن المبنى صاحبها يقع الرهن عليها محددًا بحقوقه ، لبقى الرهن ما بقيت المبنى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق ، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبنى . وإذا نزلت المبنى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأنقاض . وهذه حالة من حالات الحلول العينية نص عليها المشروع^(٢) » .

§ ٢ - تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

١٦٢ - وجوب تحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يكون الدين المضمون محددًا تحديداً دقيقاً . وهذا هو الشطر الثانى من مبدأ تخصيص الرهن^(٣) . فلا يكفى إذن ،

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠١ - دلافول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ - سمير. تناغر فقر ٢ ص ٧٩ - شمس الدين الكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ - ويميز الفقهاء فى مصر بين ما إذا كان الدين مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمبنى فنكون أمام حق تقدم بموجب حق الرهن نفسه ، وبين ما إذا لم يكن الدين مستحق الأداء إلا بعد ذلك فنكون بصدد حلول عين المقابل الذى استحق محل العقار المرهون (منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٩ - سمير تناغر فقرة ٢٤ ص ٨٠ - وقارن شمس الدين الكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٥ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣ .

حتى يكون الرهن الرسمي مخصصاً ، تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، بل يجب أيضاً تخصيصه من ناحية الدين المضمون . ذلك لأن الدين المضمون هو الأصل . والرهن ليس إلا تأمينا لهذا الدين . فوجب إذن تحديد الأصل وهو الدين المضمون ، كما حددنا التابع وهو العقار المرهون^(١) .

والرهن لا يتجزأ ، ومبنى عدم قابلية الرهن للتجزئة كما قدمنا^(٢) هو أن كل جزء من الدين المضمون يكون مكفولا بكل الرهن ، وأن كل جزء من العقار المرهون يكفل كل الدين .

ولا يفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل هو تابع له في صحته وانقضائه .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) كيفية تحديد الدين المضمون . (٢) عدم قابلية الرهن للتجزئة . (٣) عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون .

١٦٣ - كيفية تحرير الرهن المضمون - نهى قانوني : تنص المادة ١٠٤٠ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي . كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينهي إليه هذا الدين »^(٣) .

(١) بل إن تخصيص الرهن الرسمي من ناحية الدين المضمون أهم من تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، فهما رهن اشخص من عقارات لم يكن رهنه ذا بال إذا كان الدين المضمون قليلاً محددًا (بيدان وقواران ١٤ فقرة ٨١٣ وما بعدها - كولان وكاينتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ - بلانيول وريوير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ وما بعدها - سمرتناغر فقرة ١٩ ص ٥٩ - ص ٦٠ - محمد علي إمام ص ٢٧٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ .

(٢) انظر فقرة ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٨ من المشروع التمهيدي ، على رجه =

وهذا النص إنما يتكلم عن ديون قد يظن أنها لا تحمل قدراً كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلية والديون الاحتمالية ، ولكنه وضع قاعدة لتحديد ما يتمين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين . ونرى من ذلك أن الدين المضمون لا بد أن يكون محدداً كافياً حتى يكون الرهن مخصصاً من ناحيته ، وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص .

فلا يجوز أن يعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين ، سواء في أية مدة أو في مدة معينة ، ما دامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر^(١) . كذلك لا يجوز أن يمتد الرهن الرسمي لضمان أى دين آخر لم يعين مقداره ولا مصلره يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن^(٢) .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

(١) بمقداره ، فيحدد هذا المقدار إذا كان ديناً معيناً : من رأس مال وفوائد ومتى يبدأ سريان الفوائد . ويستوى في ذلك الدين المنجز والدين المؤجل والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن

= مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢ - ص ٣٤) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٠ / ٦٨٤ : المقارنات المرهونة يجب تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومخلاً في عقد للرهن المطلق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .
٥٦١ / ٦٨٥ : الرهن العقاري الواقع تأمناً لمبلغ موهود بإقراضه بأخذه المستقرض ديناً فثبناً عند الانقضاء ، أو تأمناً لحساب جار بين المتعاملين ، يكون صحيحاً إذا تحددت نهاية المبلغ الذي ينتهي الأخذ أو الحساب الجاري .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٨٧٤ والاوز ٧٤ - ١ - ٣١٦ - ٦ فبراير

سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ -

الرسمى^(١) . وإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جارٍ يحتمل أن يكون رصيده مديناً أو يكون دائماً فإذا كان الرصيد فيها بعد رصيداً مديناً كان هذا الدين منذ البداية ديناً احتمالياً . كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهى إليه الدين وفي هذا تقول المادة ١٠٤٠ مدنى سالفه الذكر بأن يتحدد في عقد الرهن « الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين »^(٢) . فإذا عين الحد الأقصى للدين والمدة التى ينقصد فيها الدين ، وجب التقيد بذلك . فما انعقد من الدين في المدة المتفق عليها يكون مضموناً بالرهن الرسمى ، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين^(٣) . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما في القيد ، فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهى إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذى يطلع عليه الغير ويحتج عليه به^(٤) .

(١) والدين المطلق هل شرط قد يكون مقداره معروفاً ، وفي هذه الحالة يجب ذكره . المقدر الرسمى ، وذلك بخلاف الدين المستقل والدين الاحتمال ، فهذه ديون يكون مقدارها عادة غير معروف (بلانيول وريبير ويكيه فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٢ - بيدان وفواران فقرة ٨١٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠) .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، وهذا هو الشرط الثانى من مبدأ تخصيص الرهن . هل أن تحديد الدين لا يمنع من أن يكون مطلقاً على شرط أو يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، ونطبقاً لذلك يجوز أن يكون الدين اعتماداً مفتوحاً وهذا هو الدين المستقل ، أو حساباً جارياً وهذا هو الدين الاحتمال ، ولكن يجب في كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون ، فإن لم يمكن تحديده وجب أن يمين حد أقصى ينتهى إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣) . وانظر نقض فرنسى . ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ - ١٧٧) .

(٣) وتكون مرتبة الرهن من يوم قيده ، لا من يوم تحقق الدين (استئناف مغلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ - سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٦) .

(:) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٢٨٦ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ - =

(٢) وبمصدر الدين ، فيجب إلى جانب تحديد مقدار الدين تحديد مصدره أيضاً ، هل هو عقد وأى عقد يكون أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون . فقد يكون الدين المضمون ثمناً في عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً (charge) في عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل مشروع ، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، وهكذا تتنوع الديون بتنوع مصادرها^(١) .

وتحديد الدين المضمون على الوجه السالف الذكر يبرره مصلحة الغير ومصلحة المدين نفسه . فكل دين غير محدد بالنسبة إلى مقداره أو بالنسبة إلى مصدره قد يصل إلى مبلغ كبير ، فيرى الغير من دائن مرتهن تال أو مشتر للعقار المرهون في النهاية أن الدين الذي يضمه العقار بلغ حداً كبيراً ، وهذا الدين يسبقه أو يلتزم بدفعه إذا لم يطهر العقار . وكذلك في الدين غير المحدد ، لا يتمكن المدين أن يعرف ما المقدار الذي يجب عليه دفعه ، وقد يصل إلى مبلغ كبير لا يستطيع الوفاء به ولا يكفيه العقار المرهون^(٢) .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمي هو بطلان عقد

= ١٤٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٧٠١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ .

(١) نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥٣ - بودر ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ - بيدان وفواران فقرة ٨١٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٦ ص ٤١ - سمير تناغر فقرة ١٩ ص ٦١ .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٩٩ - بيدان وفواران فقرة ٨١٣ وقرة ٨١٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٥٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٦٩٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - ج سران ٢ فقرة ١٦٨٤ .

الرهن الرسمي نفسه ، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين المضمون . وفي ذلك تقول المادة ٢١٣٢ مدني فرنسي إن « الرهن الرضائي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان . . . » . والبطلان هنا بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص ، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة ، وحائز العقار المرهون^(١) .

١٦٤ - عدم قابلية الرهن للتجزئة - نص قانوني : تنص المادة ١٠٤١ مدني على ما يأتي :

« كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك »^(٢) .

وقد سبق^(٣) أن أوجزنا أن الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون . ونعرض الآن لعدم قابلية الرهن للتجزئة ، في شيء من التفصيل . فالرهن الرسمي ، بطبيعته ، غير قابل للتجزئة^(٤) . ولكن ذلك لا يعني أنه يكون دائماً غير قابل للتجزئة ،

(٢) - بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٧٠٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٥ .

(٣) - تا يخ النص : وزد النص في المادة ١٤٤٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٤ - ٣٦) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تمييز حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات والأبنية التي تعود منفعتها على مالكيها ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(٤) - انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٥) - أويرى ورو على فقرة ٢٨٤ ص ٥٦١ - ص ٥٦٢ - بودرى ودى لوان ٢ =

فإن العبارة الأخيرة من نص المادة ١٠٤١ مدني سألقة الذكر تقول :
 « ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . وتقول المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن
 ليست من النظام العام ، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن نفسه
 أو بعد العقد ، وقد يقضى بتجزئته نص في القانون كما هو الأمر في تطهير
 العقار من الرهن » (١) . في تطهير العقار من الرهن ، يجوز للحائز أن يطهر
 العقار من الرهن فيوجه إلى الدائن المرتهن إعلاناً يشتمل على بيانات معينة
 منها المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويذكر في الإعلان أنه مستعد
 أن يرفى الدين المضمون إلى القدر الذى قوم به العقار . ويجوز للدائن المرتهن
 أن يطلب بيع العقار ، فيتم البيع . وإذا لم يطلب بيع العقار ، استقرت
 ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من الرهن إذا هو دفع المبلغ الذى قوم به
 العقار للدائن المرتهن . وقد يكون المبلغ الذى يرسو به المزاى فى العقار
 أو المبلغ الذى يدفعه الحائز لا يكفى لوفاء الدين المضمون بالرهن ، ومع
 ذلك يطهر العقار من الرهن ، ويصبح الرهن قابلاً للتجزئة على هذا النحو
 بنص فى القانون (انظر م ١٠٦٤ - ١٠٧٠ مدني) . ويجوز كذلك أن
 ينشئ الراهن والدائن المرتهن ، عند عقد الرهن الرسمى أو بعده ، على أن
 يكون الرهن قابلاً للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من
 العقار أو العقارات المرهونة ، ويصبح هذا الجزء من العقارات هو المرهون
 فى هذا الجزء من الدين المضمون ، وبذلك يصبح الرهن قابلاً للتجزئة بناء
 على هذا الاتفاق .

وعدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن ،
 وقد أقامه القانون رعاية لهذه المصلحة . وإلا فإن الرهن يمكن أن يتجزأ

= فقرة ٨٩٧ وما بعدها - بيدان وفواران فقرة ٣٠٧ وما بعدها - ثولان وكايتان ٢ فقرة
 ١٦٦٢ - جوسران ٢ فقرة ١٦٤٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥ .

لو لم توجد هذه المصلحة . فيمكن مثلاً أن ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضي من الدين ، فيتخلص نصف العقار المرهون من الرهن بانهضاء نصف الدين ، وهكذا . ولكن القانون جعل الرهن غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة ، أصبح الرهن غير قابل للتجزئة لأن هذا هو في مصلحة الدائن المرتهن ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك^(١) . ولما كان عدم قابلية الرهن للتجزئة ليس من جوهر (essence) الرهن بل هو من طبيعته (nature) ، لذلك يجوز للدائن المرتهن بعد انقضاء الرهن أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة لأن عدم قابليته الرهن للتجزئة من حقه هو فيجوز له أن ينزل عنه . فإذا كان هناك مثلاً عقاران مرهونان ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن ينزل عن الرهن في أحد العقارين المرهونين ، ويستبقى الرهن في العقار الآخر ضماناً لوفاء نصف الدين الباقي . ويجوز كذلك بعد انعقاد الرهن وقبل استيفاء الدائن المرتهن بشيء من حقه ، أن ينزل هذا الدائن عن حقه في عدم قابلية الرهن للتجزئة ، ويرضى بحل الرهن عن أحد العقارين إذا وفى المدين جزءاً من الدين بقابل هذا العقار^(٢) . والدين المضمون يبقى قابلاً للتجزئة ، بالرغم من أنه مضمون برهن رسمي غير قابل للتجزئة . فإذا مات الدائن المرتهن عن ثلاثة من الورثة ، ورث كل منهم نصيبه في الدين فيتجزأ الدين عليهم ، ويبقى الرهن غير قابل للتجزئة . فيجوز لأى وارث أن يطالب الراهن بنصيبه من الدين ، وأن يستعمل حقه في الرهن على جميع العقار أو العقارات المرهونة لأن الرهن

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٥٠٥ - بودرى

ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ - بيدان وفواران فقرة ٣١١ - بلانيل وريبير وببيكه فقرة ٣٤٢ .

غير قابل للتجزئة . ولا يجوز للمدين ، بدعوى أن الرهن غير قابل للتجزئة ، أن يطلب اتفاق جميع وريثة الدائن المرتهن لقبض جميع الدين ، بل يجب أن يدفع للوارث نصيبه من الدين ، وأن يدفع الأنصبة الأخرى للورثة الآخرين^(١) .

وهذا الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون ، المبني على عدم قابلية الرهن للتجزئة ، له معنيان :

(المعنى الأول) أن أى جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين ثلاثة أرباع الدين مثلاً وبقي الربع ، فإن هذا الربع يبقى مضموناً بكل العقار المرهون ، ولا يتخلص ثلاثة أرباع هذا العقار من الرهن^(٢) . فلو باع المدين فى هذه الحالة كل العقار المرهون ، انتقل العقار إلى المشتري مرهوناً كله فى ربع الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتبع العقار المرهون فى يد المشتري وأن ينفذ عليه بربع الدين الباقى إلا إذا اختار المشتري تطهير العقار . وقد سبق^(٣) أن قررنا أن دعوى الرهن لا تتجزأ بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من الدين المضمون فإن العقار الضامن يبقى كله ضامناً لما بقى من الدين . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه كدائن مرتهن على كل العقار المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، ففى القانون الفرنسى حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولاً عن ثلث

(١) بون ١ فقرة ٣٣٣ - جيوار ٢ فقرة ٦٣٩ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة

٩٠١ - نقض فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ١ - ٤٩ .

(٢) روى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين ، فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقى ، ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين » (مجموعة الأهمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

الدين . ولكن إذا انتقل إليه المهرهون كله جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار بكل الدين . ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه في الدين .

(والمعنى الثاني) أن أى جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين . فلو أن المهرهون عقاران ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائماً مرتبهاً أن ينفذ بكل الدين على أى عقار منهما . فإذا استوفى حقه من هذا العقار برئت ذمة المدين وتخلص العقار الآخر من الرهن . وإذا باع المدين الراهن أحد العقارين . كان هذا العقار مرهوناً في كل الدين . وجاز للدائن المرتهن أن يتبع العقار في يد المشتري وينفذ عليه بكل الدين لا يجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع ، ما لم يختر المشتري أن يظهر العقار^(١) . وقد سبق^(٢) أن قررنا أنه إذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه ، فإن الجزء من العقار الذى يملكه كل وارث يبقى مرهوناً في كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نسيب الوارث من الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة قد رهننت في دين واحد ، فإن كل عقار منها يبقى مسئولاً عن كل الدين ، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن .

ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقاران في دين واحد ، جاز للدائن المرتهن أن يختار عقاراً منهما فينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أى جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة ، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع في يد الحائز ، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة هذا العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

على أن يقسم الدين الذي له على العقارين ، وأن ينفذ على كل عقار بنصيبه في هذا الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار ، كما قدمنا ، أي عقار للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة على هذا العقار . وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين المتأخرين ، أو دون أن تكون له مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه^(١) .

١٦٥ - عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون - نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٢ مدني على ما يأتي :

١ - لا يفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٢ - وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين^(٢) . وهذا النص يجعل الرهن الرسمي حقاً تابعاً للدين المضمون ، فلا يفصل

(١) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٢٥ - بور دو ٨ أبريل

سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٧٧ - بلائيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٢٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٠ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على النص ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٦ - ص ٣٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

من هذا الدين ، بل يسير معه وجوداً وعدماً . والنص في التوقيت ذاته يجعل للكفيل العيني (الراهن غير) المدين الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، إلى جانب الدفع الخاصة به .

أما أن حق الرهن الرسمي حق تابع للدين المضمون ، فقد سبق^(١) أن قررنا أن الرهن الرسمي لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون هذا الدين التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون الرهن الرسمي صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو للنقض ، فإن الرهن الرسمي يختل باختفاء الدين المضمون . وإذا انتهى الدين المضمون بالوفاء أو بآية طريقة أخرى من طرق الانقضاء ، فإن الرهن الرسمي ينتهي بانتهاء الدين . فالرهن الرسمي إذن تابع للدين المضمون ، فيبطل كلياً بطل هذا الدين ، وينقضي بمجرد انقضاء الدين . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلاً لعب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان الرهن الرسمي باطلاً مثله . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتهن متأخر في المرتبة ، وكل حائز للعقار المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عتد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلاً للإبطال لعب في الرضاء أو لنقص في الأهلية^(٢) . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون ، فيكون الرهن قد انقضى كانقضاء الدين . فإذا انقضى الدين بالوفاء أو بالمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الدمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدني كما رأينا : « لا يفصل الرهن عن

(١) انظر آتفاقرة ١١٩ .

(٢) بودري ودي ٢ فقرة ٩٠٢ .

الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك « (١) . ومما نص القانون عليه من بقاء الرهن مع انقضاء الدين المضمون دعوى الحلول ، فيجوز لشخص أن يني بالدين فينقضي ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولاً قانونياً أو اختيارياً ، فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التي حل فيها محل الدائن المرتهن (٢) .

وأما أن للكفيل العيني الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه ما دام المدين الراهن يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن هو المدين أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فإن الرهن الواقع على عقاره تابع للدين ، فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلاً للإبطال لغلط مثلاً ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن النزول لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على عقاره . وفي هذا الخصوص تقول المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فالكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء ، حتى لو تناول المدين عنها ، وهذا إلى جانب تمسكه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالتبوع ، فإذا كان الدين صحيحاً صح الرهن وإلا فهو باطل . وإذا انقضى الدين ، انقضى الرهن تبعاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧) .

(٢) والرهن عمل مدني ، في حين أن الدين المضمون قد يكون عملاً تجارياً . وقد قضت محكمة شين الكوم الجزئية بأن يعتبر الرهن الضامن لعمل تجارى عقداً مدنياً طبقاً للمادة ٧٦ من قانون التجارة ، التي نصت على أنه إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأمينا على عمل من الأعمال التجارية ، فثبت الرهن بالنسبة إلى المتعاقدين وغيرهم بالطرق المبينة في القانون المدني (محكمة شين الكوم الجزئية ١٤ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٤٣ ص ٢٨٥) .

بأوجه الدفع الخاصة به « (١) . فيكون إذن للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وقد رأينا مثل ذلك في الكفالة ، إذ يجوز للكفيل الشخصى أن يتمسك بالدفع المتعلقة بالدين ، وله أيضاً أن يتمسك بالدفع الخاصة به (٢) . وهذا طبعى ، لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفع التى يتمسك بها الكفيل الشخصى ، فهو لم يخرج عز كونه كفيلاً بضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفع الخاصة بهذا الدين وبالدفع الخاصة به هو . والدفع المتعلقة بالدين نفسه ، سبق أن ذكرنا أمثلة لها فى تمسك المدين الراهن بها . فيجوز للكفيل العيني أن يتمسك بهذه الدفع . كأن يتمسك بأن الدين باطل أو قابل للإبطال أو منقضى . أما الدفع المتعلقة بالكفيل العيني نفسه ، فهى ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العيني والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . دون أن يكون الدين المضمون باطلاً أو قابلاً للإبطال . فى هذه الحالة يجوز للكفيل العيني أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال . فينخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأصلى ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفع الخاصة بالكفيل العيني إلى ما يرد على عقده من أوصاف . كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ ، لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط ، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط . كذلك قد ترجع الدفع الخاصة بالكفيل العيني إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضى الدين المضمون . ويتحقق ذلك مثلاً إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضى دون أن ينقضى الدين المضمون . فيجوز للكفيل العيني فى هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٣٧ .

(٢) انظر آية ٥٥ - ٥٦ - ٥٧ .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

١٦٦ - آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير :

عقد الرهن الرسمي يكسب الدائن المرتهن حقاً على العقار المرهون هو حق الرهن ، وهذا الحق يقيم علاقة فيما بينه وبين الراهن . وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن المرتهن ، إذا حل أجل دينه ، أن يستعمل دعوى الرهن على العقار المرهون ، فيكون له حق تقدم على جميع الدائنين العاديين لمدينه وكذلك على الدائنين المقبدين إذا كانوا متأخرين في المرتبة . ويكون له كذلك حق ، تتبع ، فيتبع العقار المرهون ، فيما إذا انتقلت ملكيته من الراهن ، في يد من انتقلت إليه الملكية وهو الحائز للعقار .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الثاني إلى فرعين : (١) آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين . (٢) آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير .

الفرع الأول

آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين

١٦٧ - آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير :

المرتهن : عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن دون أن يلزم الدائن المرتهن ، وحق الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من ملكيته للعقار المرهون إلا إذا نزع ملكيته تنفيذاً عليه . ويرتب الرهن الرسمي للدائن المرتهن في مواجهة الراهن .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن

١٥ - التزامات الراهن

١٦٨ - التزامه : يلزم عقد الرهن الرسمي الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلًا عينيًا ، بالتزامين : (١) إنشاء الراهن لحق عيني على العقار المرهون هو حق الرهن . (٢) ضمان الراهن لسلامة حق الرهن .

١٦٩ - إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المرهون ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري^(١) . فإذا كان الراهن مالكًا للعقار المرهون ، أنشأ حق الرهن الرسمي من تلقاء نفسه . وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : « الالزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق . إذا كان محل الالتزام شيئًا معينًا بالذات بملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا النص يشمل الالتزام بإنشاء حق عيني والالزام بنقل حق عيني ، فبإنشاء الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئًا معينًا بالذات بملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك العقار المرهون ، كان العقار شيئًا معينًا بالذات بملكه الملتزم ، فبإنشاء حق الرسمي من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد عقد

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشتري . ويظهر ذلك بوضوح في رهن ملك الغير ، فإن الراهن لا يستطيع أن يقوم بالتزامه من ترتيب حق الرهن ، فإذا أجاز الدائن المرتهن العقد جاز له بعد ذلك نسخه لعدم قيام الراهن بالتزامه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩) .

الرهن الرسمي صحيحاً . ولا شأن لنا هنا بالقواعد المتعلقة بالتسجيل لأن قواعد التسجيل لا يخضع لها الرهن وإنما يخضع لقواعد القيد كما سنرى . وعلى ذلك يتم تنفيذ هذا الالتزام الأول بإنشاء حق الرهن الرسمي بمجرد انعقاد البيع الصحيح قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ إذ كان عقد البيع نفسه دون تسجيل ينشئ التزاماً بنقل ملكية المبيع . وهذا هو الرأي السائد في هذا الخصوص ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد » (١) .

وهناك رأى يذهب إلى أن « المصدر الحقيقي للرهن الرسمي هو واقعة القيد . . . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستتبعه من حق التقدم وحق التتبع . ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداءً في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . . . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن ، وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير . وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده » (٢) وينضم إلى هذا الرأى

(١) مجموعة الأهمال التحضيرية ٧ ص ٤ - وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٥ ص ٢٩٤ - جمال الدين زكى ص ٣٠٧ - محمد على إمام فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤ - سليمان مرقس فقرة ٧٢ ص ١٢٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٦٩ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١٠٢ - أحمد سلامة فقرة ٧٢ ص ٢٣٩ - سمير تناغر فقرة ٢٦ - المؤلف : الوسيط ٢ ص ٧٧٢ - التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ١٢٨ .

وإذا كان الرهن لا يملك العقار المرهون ، لم ينشأ حق الرهن إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الراهن العقار (م ١٠٣٣ / ١ مدني) . فإذا لم يحصل شيء من ذلك ، بقى الراهن ملتزماً بإنشاء حق الرهن ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض ولا يطالب سقوط أجل الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٧٧) .

(٢) شفيق شحانة فقرة ٤٣ .

فقيه آخر يرى أن حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداء من وقت القيد ، ولكنه لا يرى لهذا الخلاف أثراً عملياً^(١) .

والخلاف ليس له أثر عملي كبير . وهو أقرب إلى الفقه منه إلى العمل . والذي يجعل المسألة قريبة من العمل هو ، كما يقول أحد الفقهاء ، هل إذا بيع العقار المرهون قبل القيد يباع بموجب حق الرهن أو بموجب الحق في الضمان العام ؟ ويجب الفقيه على ذلك بحق أن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون قبل القيد باعتباره دائئاً مرتباً لا باعتباره دائئاً عادياً ، « ويظهر هذا بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للمرتهن أى حق في الضمان العام في مواجهة الراهن ، كما لو كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العيني ، وفي شأنه يقرر المشرع في المادة ١٠٥٠ مدني أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . . ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلاً على ذمة الكفيل العيني . فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين »^(٢) .

(١) منصور مصطفى . منصور فقرة ٢١ ص ٧٦ - ص ٧٧ .

(٢) سمير تناغر فقرة ٢٦ ص ٩٨ - ويقول لتأكيد ذلك : « وعلى هذا إذا ثبت أن الدائن المرتهن يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل شهر الرهن ، وأن هذا الحق مترتب على حق الرهن وليس على الضمان العام ، كان معنى هذا أنه لا يلزم لنشأة حق للرهن إجراء القيد ، وأن الحق ينشأ من العقد مباشرة ، أما الشهر فهو لازم فقط لتنفاذه في حق الغير » (سمير تناغر فقرة ٢٦ ص ٩٨) .

ويقرب من هذا ما يقوله الأستاذ سليمان مرقس : « أما حق التنفيذ على المال المرهون فيبقى عنه ما يثبت للمرتهن بصفته دائئاً من حق الضمان العام على أموال مدينه . ولا تظهر أهميته عملاً إلا في حالة صدور الرهن من غير المدين ، فيكون التنفيذ على المال المرهون بمقتضى حق الرهن لا بمقتضى حق الضمان العام ، وأما مزيتها التقدم والتبعية فهما غير موجهتين ضد الراهن ، على ضد الغير » (سليمان مرقس فقرة ٨٥ ص ١٣٥) .

١٧٠ - ضمانه الراهن لسلامة الرهن - نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٧ مدني على ما يأتي :

« يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتين أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » (١) .

وقد عرض المشرع في هذا النص لضمان الراهن لسلامة حق الرهن ، وعرض في النص التالي (م ١٠٤٨ مدني) تطبيقاً لذلك لهلاك العقار المرهون أو تلفه ، وعرض في النص الذي بعده (م ١٠٤٩ مدني) لحلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولاً عينياً ، ونعالج هذه المسائل الثلاث بهذا الترتيب .

ففيما يتعلق بضمان الراهن لسلامة حق الرهن . يكون هذا الضمان في عقد الرهن الرسمي كضمان البائع للتعرض والاستحقاق في عقد البيع . فلا يجوز ، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي . أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يلتزم الراهن بضمان الرهن ، وللدائن المرتين أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص : بعد إضافة كلمة « سلامة » بعد كلمة « ضمان » في صدر المادة ، وذلك تحت رقم ١١٤٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٢٨ . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ إلى النص عبارة « أو تقصير » بعد كلمة « عمل » ، وعبارة « إنقاصاً كبيراً » بعد عبارة « إنقاص ضمانه » ، وقصدت اللجنة بذلك تفهيم تدخل الدائن المرتين لضمان سلامة الرهن ، حتى لا يعرض المدين إلى الإضرار والعت من جراء هذا التدخل . ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٠٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ - ص ٥٠) .

التعديلات المدني السابق : لا مقابل .

العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن . أو أن يقوم بأى عمل يترتب عليه إنقراض العقار المرهون إنقاصاً كبيراً أو تخريبه . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته . كأن يبيع المواشى التى تخدم الأرض أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المبانى ، فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن . كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصى^(١) . فيعيد الراهن إلى الأرض مواشى أخرى تساوى فى القيمة المواشى التى بيعت . أو يرمم المبانى فيعيدها سيرتها الأولى . وإذا لم يتسلم المشتري المواشى أو الأنقاض ، أو تسلمها وهو سبى النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن . ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية . كأن يطلب إقامة حارس وقد يقيم الراهن نفسه حارساً ، وكأن يطلب ترميم ما تخرب من العقار المرهون ، وله أن يرجع على الراهن بما أنفق من المصروفات فى كل ذلك^(٢) .

(١) وكان المشروع اتهميدى يتضمن نصاً ، هو المادة ١٤٥٦ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا تصرف الراهن فى شيء من العناصر التى يتكون منها العقار المرهون أو فى شيء من ملحقاته إلى شخص حسن النية ، وتم النقل والتسلم ، فإن هذا الشيء ينتقل خالصاً من حق الرهن ، ويكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة حق الرجوع على الراهن بالضمان وفقاً للمادة السابقة » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، « اكتفاء بالتنوع العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ فى الهامش) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهميدى فى هذا الصدد : « ويلتزم (الرهن) ، كالبائع أيضاً ، بضمان التعرض والاستحقاق . فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب . وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارساً ويرجع على الراهن بما أنفق . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانباً منه وباع الأنقاض أو باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة ، فوقع فى حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشتري أو تسلمها وهو سبى النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق للرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

وفىما يتعلق بضمان الراهن لتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن ، فإذا ادعى الغير أنه هو المالك للعقار وأن الرهن الصادر من الراهن لم ينقل إلى المرتهن حق الرهن لأنه صادر من غير مالك ، أو ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه على العقار المرهون قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو بتكاملة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

نرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرضه الشخصى ولتعرض الغير هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافى على التزام الراهن بضمان . لامة الرهن ، فالراهن ملتزم بأن يكون الرهن مسجياً للأغراض التى عقده من أجلها ، فإن اختل غرض من هذه الأغراض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأ ، وجب على الراهن الضمان على النحو الذى أسلفناه فيما تقدم .

١٧١ - هلاك العقار المرهونه أو تلفه - نفس قانونى : تنص المادة

١٠٤٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا تسبب الزامن بخطأه فى هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً » .

« ٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين » .

« ٣ - وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطالب إلى التقاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر (١) . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لما قدمناه من التزام الراهن بسلامة حق الرهن . وهو في الوقت ذاته تطبيق خاص بعقد الرهن الرسمي لقاعدة عامة في الدين المؤجل إذا كان ضعف التأمين الخاص بهذا الدين راجعاً إلى خطأ المدين أو إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . ذلك أن المادة ٢/٢٧٣ مدني تنص على ما يأتي : « يستطحق المدين في الأجل » : (١) (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . (٣) » وعلى ذلك إذا هلك العقار المرهون أو تلف كأن احترق أو تهدم ، فقد يكون السبب في هلاك العقار أو تلفه خطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن . أو سبباً أجنبياً لا دخل لإرادة الاثنين فيه كما لو وقع الهلاك أو التلف بفعل الغير أو قضاء وقدر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٧ من المشروع التمهيدى مل وحه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة مل النص ، بعد استبدال عبارة « بسبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين » بعبارة « حادث قهرى » في النقرة الثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقه ١١٤٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥١ - ص ٥٢) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٢ / ٦٨٦ : إذا هلك العقار المرهون على المدين أو حصل فيه خلل بمحاذرة قهرية أوجبت الشك في كفايته للتأمين ، فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافياً للتأمين أو أن يؤدي الدين قبل حلول أجله ، وله الخيار في ذلك . ويكون الخيار لرب الدين ، إذا كان الهلاك أو الخلل حاصلًا بتقصير المدين أو الخائن للعقار .

فإن كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين حالاً فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن . فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن (١) .

وإن كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن . وهذا نادر لأن حيازة العقار في الرهن الرسمي لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فيبقى هذا بعيداً عنه ، لم يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك بخطأه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية ، وهذا التعويض يحل محل ما هلك من العقار أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن (٢) . وهذا مثل من أمثلة الحلول العينية سيأتى بيانه .

وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي . كان المدين الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف . فإذا اختار المدين الراهن الأمر الأول وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع المدين الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد اتفاقية ، فإن المدين الراهن يستنزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المائل التجارية) عن المدة ما بين وفاء الدين للدائن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « فإن ذلك العقار أو تلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين اعتبار حقه قد حل فوراً فيقتضيه ، أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئاً ، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

المرتبه وحلول أجل الدين في ميعاده الأصلي ، لأن المدين الراهن لم يستند من الدين في هذه المدة (١) . وهذه الرعية بجانب المدين الراهن سبب أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبي . فوجب أن يكون الخيار له (٢) .

وإذا لم يهلك العقار أو يتلف . ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد في هذه الأعمال ، كما إذا سمح الراهن لشخص يسكن العقار المرهون وأخذ الساكن ما تبيأ له من الوسائل للقيام بأعمال من شأنها أن تنقص قيمة العقار أو تجعله غير كاف لضمان الدين . أو كما إذا أزمع الحار أن يقيم بناء أو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار . جاز للدائن المرتبه

(١) ولا تستعمل فوائد الدين في الغرض الأول ، إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، بل إن الدائن المرتبه إذا اختار استيفاء الدين ، استوفاه دون أن يستزل منه شيئاً في مقابل الفوائد ، وسبب ذلك أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المدين (منصور مصطفي منصور حقرة ٣٢ ص ٨٣ - ويرى أن المشرع قد راعى جانب الدائن المرتبه أكثر مما يجب عند السماح له باستئصال الفوائد : حقرة ٣٢ ص ٨٣) .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الخصوص : « وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، كان المدين هو المخبر بين وفاة الدين فوراً قبل حلول أجل بعد انتقاص الفائدة محسوبة بالسعر القانوني إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو تقديم تأمين كاف . وكل هذه الأحكام مع المبادئ الخاصة بمسقط الأجل لإضفاء التأمينات » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٥٣) .

ونحن نفرض فيما تقدم أن الراهن هو المدين . أما إذا كان الراهن غير المدين ، وذلك العقار المرهون أو تلف بسبب أجنبي ، اتفق الراهن والمدين على إسقاط أجل الدين وانتقاص الفوائد على النحو الذي قدمنا . فإن لم يتفقا على ذلك ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين مع انتقاص الفوائد ، ويرجع بالدين كاملاً عند حلول أجله الأصلي على المدين ، فإن لم يفعل للراهن ذلك ، وجب عليه أن يقدم تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو التألف .

وإذا كان الغير هو الذي تسبب بخطأه في الهلاك أو التألف ، ففيما بين الراهن والدائن المرتبه يكون هذا هو الحكم . أما فيما بين الراهن والغير الذي تسبب بخطأه في الهلاك أو التألف ، يرجع الراهن على الغير بالتعويض بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية .

أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك . فيجوز له ، دون وساطة الراهن (١) ، أن يطلب من القاضى أن يحكم بوقف هذه الأعمال ، فيمنع الساكن من القيام بما كان فى عزمه أن يقوم به ، أو يمنع الحار من أن يقيم البناء ، فى وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون . وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التى تمنع وقوع الضرر ما يكفى لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ مدنى سائلة الذكر فى هذا الخصوص : « وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

١٧٢ - ملول الحق الذى يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه

محل العقار المرهون ملول عيباً - نهى قانونى : تنص المادة ١٠٤٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبة إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » (٢) .

(١) منصور مصطفي منصور فقرة ٢٢ ص ٨١ - ص ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن إلى الحق الذى حل محل العقار ، كالتعويض أو التأمين أو الثمن الذى رسا به المزايد أو ثمن الملحقات التى تم تسليمها ، والدائن أن يستوفى حقه بعد ذلك بحسب مرتبته » وقد عدلت لجنة المراجعة النص ، فجعلته مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١١٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ - ص ٥٥) .

التقنين المدنى السابق م ٦٧/٦٩١ : يستوفى أرباب الرهون المقاربة مطالباتهم من ثمن =

وظاهر من هذا النص أن فيه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني ، فهو يفرض أن العقار المرهون قد هلك أو تلف لأي سبب كان ، سواء كان ذلك خطأ الراهن أو بغير خطئه . ولكن ترتب على اخلاك أو التلف أن يستحق حق آخر ، فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه . والسبب في ذلك أن الحق قد حل محل العقار المرهون اهلاك أو التلف حلولاً عينياً ، فأصبح مرهوناً مثله .

ويورد النص أمثلة ثلاثة لاستحقاق حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه . فقد يكون هذا الحق هو حق تعويض في ذمة الغير الذي تسبب بخطئه في هلاك العقار أو تلفه . وقد يكون مبلغ تأمين يجب أن تدفعه شركة التأمين بسبب هلاك العقار المؤمن عليه أو تلفه ، وقد يكون ثمناً تقرر في مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى ، فقد ينزع الراهن بعض العقارات بالتخصيص ويبيعها منقولا لمشتري حسن النية فيسلمها هذا المشتري ويبقى الثمن في ذمته . فيحل الثمن حلولاً عينياً محل هذه العقارات بالتخصيص . وقد يكون هلاك العقار المرهون نتيجة لحرب أو غارة جوية أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً للمكوبين على سبيل المساعدة ، فيحل هذا التعويض حلولاً عينياً محل العقار المرهون . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ربيعته أنقاضاً للمشتري ، ويبقى الثمن في ذمة المشتري ، فيحل الثمن محل المبنى المرهون (في بعض قيمته) حلولاً عينياً . هذه الأمثلة وغيرها تدل على أنه قد يحل محل العقار المرهون حق آخر يستحق بسبب هلاك العقار أو تلفه . فيقرر النص أن هذا الحق يحل محل العقار المرهون حلولاً عينياً وبصحب مرهوناً مثله . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « في جميع الأحوال التي يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن برسم به المزاد أو ثمن

= العقار المرهون أو من مانع تأمينه من الحريق إذا احترق ، ويكون استبدالهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم في يوم واحد .

ملحقات يتم تسليمها . فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر . ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبة ، وهذا مثل آخر للحلول العيني « (١) .

وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري . فما دام الحق قد استحق في مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه . فإنه يحل حلولا عينياً محل هذا العقار . وينتقل حق الدائن المرتهن . بحكم هذا الحل العيني ، من العقار المالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله . فإذا كان الحق منتقولا ، كما في التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية . فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفى دينه منه . وينقلب الرهن في هذه الحالة إلى رهن حيازي للنقود . وهذا هو صريح النص . فهو يقول كما رأينا : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » (٢) .

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ .

(٢) انظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٤٥ ص ١٢٨ - عبد المتيم فرج الصدة فقرة ٨٠ ص ١١١ - أحمد سلامة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠ ورسالة في نظرية الحل العيني فقرة ١٢٣ وما بعدها .

وهناك رأى يذهب إلى عدم فائدة الالتجاء إلى فكرة الحل العيني ، ويمكن أن يقال إن الدائن المرتهن يبنى حقه في التقدم على المقابل الذي حل محل العقار وذلك بموجب الرهن نفسه (إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٥ - شمس الدين الوكيل فقرة ٩٤ ص ٢٨٦) . ويجب الأستاذ منصور مصطفى منصور على هذا الرأي بما يأتي : « وعندنا أنه إذا كان هذا الرأي مقبولا حيث يكون حق الدائن المرتهن مستحق الأداء وقت الاستبدال ، إلا أنه تتميز الاستمانة بفكرة الحل العيني إذا لم يكن حق الدائن مستحق الأداء ، كما لو كان ديننا مستقبلا لم يوجد ، أو ديننا شرطيا ولم يتبين منير الشرط بعد ، أو كان الأجل لم يحل . ففي مثل هذه الأحوال يمتنع القول بمباشرة حق التقدم ، فيبقى المال الذي استبدل بالعقار مخصصا لضمان دين الدائن ، وهذا هو الحل العيني » (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠) .

وكان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأمناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً (م ١/١٠٤٨ مدني) فقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه فتدفع شركة التأمين كل قيمته . وفي هذه الحالة تحل هذه القيمة التي تدفعها شركة التأمين محل العقار حلولاً عينياً . ويكون الدائن المرتهن مخيراً بين استيفاء ما دفعته شركة التأمين مرهوناً في حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل .

وإذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه قد نشأ من سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين الراهن هو الأخير بين أن يقدم تأمناً كافياً أو أن يوفي الدين قبل حلول الأجل بعد استئصال التوائد بالسعر القانوني على النحو الذي قدمناه (م ٢/١٠٤٨ مدني) . وقد يكون هلاك العقار أو تلفه بفعل الغير وهذا سبب أجنبي . فيدفع الغير تعويضاً محل العقار المرهون . ويستطيع المدين الراهن في هذه الحالة أن يقدم هذا التعويض تأمناً كافياً للدائن المرتهن بدلاً من وفاء الدين قبل حلول الأجل . وقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه . فتدفع شركة التأمين مبلغ التأمين ، فيقدمه المدين الراهن تأمناً كافياً للدائن المرتهن . وقد يكون هلاك العقار المرهون هو عبارة عن نزع ملكيته للمنفعة العامة . فالمبلغ الذي يدفع في مقابل ذلك يكون تأمناً كافياً يقدمه المدين الراهن .

فيمكن إذن الموازنة بين أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ مدني على الوجه الذي قدمناه . والاستفادة من حلول الحق محل العقار المرهون حلولاً عينياً عند ما يراد تقديم تأمين كافٍ محل العقار المرهون . وذلك بتقديم الحق الذي يحل محل العقار المرهون تأمناً كافياً لا يستطيع الدائن المرتهن الاعتراض عليه في شيء .

٢ § - سلطة الراهن عن العقار المرهون

١٧٣ - عدم تجريد الراهن من ملكية العقار المرهون ولا من ميازنه في الرهن الرسمي : يبنى الراهن مالكاً للعقار المرهون . بل ويبقى حائزاً له .

لأنه لا يتجرد لا من الملكية ولا من الحيازة بالرهن الرسمي . بخلاف الرهن الحيازى . فإنه إذا كان لا يجرد الراهن من الملكية فهو يجرده من الحيازة . وهذه هى ميزة الرهن الرسمي . فهو يترك العقار المرهون فى ملكية الراهن وفى حيازته . وكأن شيئاً لم يتغير أولاً ذلك الحق الحفى الذى شهدنا بعض آثاره وسأشهد بعضاً آخر فيما يلى .

وما دام الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز . فبقى له حق التصرف فى العقار المرهون كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله . ولا تتقيد سلطته فى كل ذلك إلا بما يجب أن تتقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهى إذا لم ينف المدين بالدين إلى التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن .

١٧٤ - من الراهن فى التصرف فى العقار المرهون - نص قانونى :

تنص المادة ١٠٤٣ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن » (١) .

وظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه فى العقار المرهون

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن » . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل العبارة الأخيرة منه على الوجه الآتى « وأى تصرف منه لا يمس أى مساس بحق الدائن المرتهن » ، وذلك تحت رقم ١١٣٨ فى النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال عبارة « لا يؤثر فى حق » بعبارة « لا يمس أى مساس بحق » ، وذلك تحت رقم ١١٢٤ ، وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التشريع المدنى الجديد . ووافق عليه لمس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٨ - ص ٤٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

كما كان قبل الرهن ، ولكن التصرف الذى يصدر منه بعد الرهن لا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه ، وذلك إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذى صدر من الرهن . فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية أو أخذ عليه فيه حق اختصاص أو رهنه رهنًا حيازياً أو ثبت على العقار المرهون حق امتياز كحق امتياز المتقاسم فيما إذا كان العقار المرهون شائعاً ، فإن الدائن المرتهن ، إذا قيد حق رهنه قبل قيد الرهن الثانى أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيازى أو حق الامتياز ، لا تسرى فى مواجهته هذه الحقوق . ويتقدم عليها جميعاً بحق رهنه الذى قيد قبل ذلك ، ويستوفى الدين الذى له من ثمن العقار المرهون مقدماً على جميع هؤلاء الدائنين^(١). وإذا قرر الرادن على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق حكر ، ولكن هذه الحقوق لم تسجل إلا بعد قيد حق الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن ينفذ على العقار المرهون خالياً من حق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الحكر . بل إن الراهن إذا باع العقار المرهون ولم يسجل المشتري البيع إلا بعد قيد الدائن المرتهن لحقه ، فإن هذا الدائن المرتهن يسرى حقه فى مواجهة المشتري ، ولهذا الدائن أن يتبع العقار فى يد المشتري وينفذ عليه بدينه ، وليس للمشتري إلا أن ينقذ بالدين أو يخلى العقار أو يطهره^(٢) كما سيأتى .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الخصوص : « لا يفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار ولا حيازته ولا حق التصرف فيه . . . ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسمياً كان أو حيازياً ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يرتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان تمت وترتب عليها امتياز انتقام ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « فهو (الدائن المرتهن) يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ، ولكن الملكية تنتقل بثمنه بالرهن ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقاً =

فالراهن إذن يحتفظ بحقه في التصرف في العقار المرهون ، ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن على النحو الذي سبق بيانه . ويستوى في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط ، فإذا كان تصرفه في جزء من العقار المرهون لم يسر هذا التصرف في حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن^(١) .

كذلك إذا باع الراهن العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين ، فإن الدائن المرتهن له أن يتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتبع كل العقار في يد المشتري فيما قدمناه . وهناك رأى يذهب إلى أن بيع العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين من شأنه أن يرهق الدائن المرتهن ، إذ يتبع كل جزء في يد من اشتراه وفي هذا إعانة له . فله أن يمسك بإضعاف التأمين وبسقوط أجل الدين تبعاً لذلك ، وتقاضى الدين فوراً قبل حلول الأجل الأصلي^(٢) . ولكن هذا الرأي ليس هو الرأي السائد ، فالرأي السائد هو ما قدمناه من أن الدائن المرتهن يتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه^(٣) .

ويبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن ألا يتصرف في العقار المرهون : انظر م ١١٣٦ من التقنين الألماني »^(٤) .

= عينا أصلياً كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ غالباً هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(١) قارن شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٨ .

(٢) أوربري ورو ٣ فقرة ٥٨٦ .

(٣) شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ - وانظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي =

١٧٥ - التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المال :
وقد يتصرف الراهن في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المال . كأن
يبيع أشجاراً مغروسة في العقار بقصد قطعها . أو يبيع العقار المرهون نفسه
ويكون منزلاً مثلاً بقصد هدمه وتسليمه للمشتري ألقاضاً . ويذهب القضاء
الفرنسي في هذا الصدد إلى أن بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المال يعتبر
بيع منقول فيما بين البائع (الراهن) والمشتري . أما بالنسبة إلى الغير في هذا
البيع ويدخل في ذلك الدائن المرتهن فإنه يعتبر يبيع عقار لا بيع منقول .
وعلى ذلك يلزم لسريان هذا البيع في حق الدائن المرتهن أن يكون البيع
مسجلاً قبل قيد الرهن فيسرى البيع في حق هذا الدائن . أما إذا كان حق
الرهن مقيداً قبل تسجيل البيع فإن البيع لا يسرى في حق الدائن المرتهن^(١) .
ورأى القضاء الفرنسي في هذا الخصوص رأى مقبول . وإن كان
بعض الفقهاء ينتقده لأنه يعطى للشيء الواحد وصفين مختلفين ، فيجعل
المنزل مثلاً منقولاً فيما بين البائع والمشتري وعقاراً بالنسبة إلى الدائن المرتهن .
ويمكن تأصيل رأى القضاء الفرنسي على الوجه الآتي :

إذا باع الراهن العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المال . فإن
هذا التصرف يضر بحق الدائن المرتهن . ومن حقه أن يمنعه وأن يقف من
أعمال الهدم في العقار المرهون لأن حق الرهن قد تعلق به . وله أن يطلب
تعيين حارس على العقار . ويعتبر هذا من الوسائل التحفظية التي له أن

= فقرة ٢٧٨ - منصور منصور فقرة ٢٣ ص ٨٧ - سليمان مرتضى فقرة ٨٤ ص
١٢٩ - عبد المصم فرج الصدة ٨٣ ص ١١٥ - سمير تناغر فقرة ٢٩ ص ١٠٢ - إسماعيل غانم
في الحقوق المدنية الأصلية ٢ فقرة ٣٨ ص ٧٩ - وانظر عكس ذلك وأنه يجوز اتفاق الدائن
المرتهن مع الراهن على عدم التصرف في العقار المرهون : محمد علي إمام فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ -
شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٢ .

(١) نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ١٩٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩

يتخذها للمحافظة على حقه . فإذا تمكن الراهن من هدم المنزل ، فإن هذا لا يفيد المشتري ، إذ كان واجباً عليه قبل الشراء أن يكشف عما يثقل المنزل من حقوق . ولو فعل ، لوجد أن المنزل مرهون . وأن حق الدائن المرتهن قد تعلق به . فلو تسلم المشتري أنقاض المنزل لم يملكها بالحيازة لأنه يمكن أن يعلم ما يثقل المنزل من حق الرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسترد هذه الأنقاض منه . وإذا تمكن المشتري من بيع الأنقاض وسلمها لمن اشتراها وكان هذا حسن النية تملكها بالحيازة ، ولكن الدائن المرتهن يمكنه أن يحجز على الثمن تحت يد هذا الحائز ، ويكون له حق التقدم بما له من حق الرهن . ويستطيع الدائن المرتهن في جميع الأحوال أن يعتبر أن تأمينه قد ضعف بهدم المنزل ، وأن أجل الدين قد سقط فيطالب بالدين فوراً ، كما أن له أن يطلب تقديم تأمين آخر يضمن الوفاء بالدين .

وإذا باع الراهن المنزل قبل رهنه باعتباره منقولاً بحسب المال ، ثم رهنه بعد ذلك ، فإن الدائن المرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن . وعلى ذلك إذا كان يجهل وقت الرهن بيع المنزل أنقاضاً ، فإن هذا البيع لا يسرى في حقه ، وله أن يمنع المشتري من هدم المنزل على النحو الذي قررناه فيما تقدم . أما إذا كان يعلم بسبق بيع المنزل أنقاضاً ، فإن البيع يسرى في حقه ، ويجوز للمشتري هدم المنزل وتسليم أنقاضه . ولكن يجوز للدائن المرتهن ، إذا كان الثمن لا يزال في ذمة المشتري ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشتري ، ويكون له عليه حق التقدم باعتباره دائناً مرتباً^(١) .

١٧٦ - التصرف في العقارات بالتخصيص : قدمنا^(٢) أنه إذا نزع

الراهن شيئاً من ملحقات العقار ، كأن يبيع المواشى التي تخدم الأرض فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، كان

(١) قارن في هذه المسألة شمس الدين الوكيل فقرة ٨٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٧٠ .

للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصي . نوظاهر أنه إذا تصرف الراهن فى العقارات بالتخصيص الملحقه بالعقار المرهون والتي تعتبر مرهونة مثله . كان هذا تصرفاً فى بعض العقار المرهون يستوجب مسئولية الراهن . لأن الراهن ضامن لسلامة الرهن .

وينجب إذن التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون العقار بالتخصيص لا يزال فى حيازة الراهن ، وقد باعه لمشتري ولكن هذا المشتري لم يتسلمه . ونفرض هنا أن الراهن قد انتقص من قيمة العقار المرهون ببيعه العقار بالتخصيص . ولم يحل محل هذا العقار بالتخصيص شيئاً آخر أصح أو مماثلاً فى الصلاحية . لأنه فى هذه الحالة لا يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون ، ويكون البيع صحيحاً . ويستطيع الراهن أن يسلم العقار بالتخصيص الذى باعه للمشتري^(١) . أما إذا لم يحل الراهن محل العقار بالتخصيص الذى باعه شيئاً آخر مماثلاً له فى الصلاحية ، فإنه يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون . وما دام المشتري لم يتسلم العقار بالتخصيص . فإنه يبقى فى العقار المرهون مرهوناً مثله ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يمنع نقله . وله أن يطلب تعيين حارس عند الاقضاء لمنع هذا النقل . وكذلك إذا كان المشتري سبى النية ، أى يعلم أن ما اشتراه هو عقار بالتخصيص مرهون ضمن العقار الأصيل ، فإن تسلم المشتري إياه لا يكسبه ملكيته . ويستطيع الدائن المرتهن أن يسرده منه لأنه سبى النية .

(الفرض الثانى) أن ينتقل العقار بالتخصيص إلى حيازة شخص حسن النية - والمفروض هنا أن الراهن باع العقار بالتخصيص وسلمه لمشتري حسن النية ، فملكه هذا بالحيازة خالصاً من الرهن . وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن فى مواجهة المشتري بحسن

(١) انظر فى هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ٨٢ ص ٢٥٩ .

النية^(١) ، ولكنه يستطيع أن يحجز على الثمن في يد هذا المشتري ، ويستعمل حقه في التقدم باعتباره دائناً مرتبهاً^(٢) . وله على كل حال ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته بعد هذا البيع بحيث أصبح لا يكفي لضمان الدين ، أن يطلب تقديم تأمين آخر أو استكمال التأمين الأول حتى يفي بضمان الدين ، أو أن يطلب إسقاط أجل الدين وتقاضي الدين فوراً باعتباره ديناً حالاً^(٣) .

١٧٧ - الراهن في استغلال العقار المرهونه - نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٤ مدني على ما يأتي :

« للراهن الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار »^(٤) .

وفيه من هذا النص أن للراهن الحق في إدارة العقار حتى يستطيع

(١) وقد نصت محكمة النقض بأن العقار بالتخصيص داخل ضمن الملحقات ، ويبيع مع العقار المرهون ، ما لم يتفق مراححة على خلاف ذلك ، ربيع ديب إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٢ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩ - بلانول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢ .

(٣) ويجب ، متى يعتبر المشتري حائزاً للعقار بالتخصيص ، أن تكون حيازته حيازة غير غامضة لا يشوبها التباس (نقض فرندي أول مايو سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٤٥ أنسيكلويدى دالوز ٢ لفظ *hypothèque* فقرة ٢٢٢ وما بعدها - شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٢ من المشروع التمهيدي ذي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٠ - ٤١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

أن يستغله وأن يقبض ثماره ، طبعية كانت أو مستحدثة أو مدنية . فالثمار إذن للراهن . لأن له الحق في استغلال العقار المرهون . وهذا الحق يرجع إلى أن الراهن لا يزال مالكا للعقار المرهون وحائزاً له . حتى بعد الرهن ، فمن حقه إذن أن يستولى على ثماره إذ الثمار تكون أصلاً للمالك .

ويستطيع الراهن ، في إدارته للعقار المرهون ، أن يوجه استغلاله الوجهة التي يراها . فإذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية ، وكانت المحصولات التي تنتجها الأرض محاصيل عادية ، جاز للراهن أن يزرع في الأرض أشجاراً للفاكهة أو للورود والأزهار . فيحول الأرض بذلك إلى حدائق مثمرة ، سواء للفاكهة أو للأزهار . بل يجوز له أن يحول الأرض الزراعية إلى أرض للصناعة . فيقيم عليها مصنعاً بما يحتاجه المصنع من أجهزة وأدوات وغيرها . وله أن يحول الأرض الزراعية إلى مبانٍ للسكنى . فيقيم فوق الأرض منازل ومنشآت سكنية وما إلى ذلك . ويجوز العكس : فيحول المصنع إلى أرض زراعية ، والمبنى إلى مصنع ، والمصنع إلى مبنى . وما إلى ذلك . ولا يحد من سلطة الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلًا عنيًا ، في ذلك إلا حق الدائن المرتهن . فلا يجوز للراهن مثلاً ، في تحويله العقار المرهون إلى أغراض أخرى ، أن ينقص من تأمين الدائن المرتهن . فإن فعل . جاز للدائن المرتهن أن يعارض في ذلك ، وأن يطلب وقف الأعمال الضارة بحقه . وله أن يتخذ في حالة الاستعجال وسائل تحفظية يرجع بمصرفاتها على الراهن ، بل له أن يطلب تعيين حارس يحرس العقار المرهون حتى لا تنقص قيمته . على أن الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتخذ من المحافظة على حقه نكته يستند إليها للحد من نشاط الراهن دون مبرر . فإذا كانت الأرض لا تجود لزراعة الفاكهة مثلاً ، وأراد الراهن أن يحولها إلى أرض زراعية للمحاصيل العادية ، لم يجز للدائن المرتهن أن يمنعه من ذلك . وإذا كانت العادة أن تزرع الأرض قطعاً مرة كل ثلاث سنوات ، وأراد

الراهن أن يزرعها قطعاً كل سنتين مرة دزن أن يعود ذلك بضرر على الأرض ،
لم يستلح الدائن المرتهن أن يحول دون ذلك ، وبخاصة إذا كانت قيمة
الأرض تغطي قيمة الدين إلى مدى بعيد^(١) . والفصل في كل ذلك هو
قاضي الموضوع ، فهو الذي يبت دون معتب عليه من محكمة النقض فيما
إذا كان استغلال الراهن للعقار المرهون يضر بهذا العقار ، فيمنعه من ذلك ،
وإلا أباح له أن يسير فيما هو فيه^(٢) .

ويبقى للراهن الحق في قبض ثمار العقار المرهون ، فلا يتعلق بها حق
الدائن المرتهن . ولكن ذلك يتفقد أيضاً بحق الدائن المرتهن . فلا يجوز أن
يعود عليه بضرر قبض الراهن للثمار . وقد حدد المشرع لذلك تاريخاً معيناً ،
إذا أتى امتنع على الراهن قبض ثمار العقار المرهون ، لأن هذه الثمار تصبح
ملحقة بالعقار المرهون ، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ عليها بما له من حق
الرهن . وهذا التاريخ هو تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا حل الدين المضمون
ولم يدفعه المدين ، وأراد الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون ، فإنه
ينبه على المدين الراهن بنزع ملكية العقار ، ثم يسجل هذا التنبيه . وقد رأينا^(٣)
أن المادة ١٠٣٧ مدني تنص على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية
أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ،
ويجوز في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار » . وأعاد المشرع
ذلك في المادة ١٠٤٤ مدني ، إذ تنص كما رأينا على أن « للراهن الحق
في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » .

وأهم ما يعرض للراهن في إدارة العقار المرهون واستغلاله أمور ثلاثة :

(١) إيجار العقار المرهون ، ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن . (٢) قبض

(١) استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٤ ص ٢٣٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ، ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن . (٣) بيع
الراهن للثمار المستحدثة قبل حينها .

١٧٨ - إيجار العقار المرهونه ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن -

نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن ، إلا
إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت
التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه
الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة
الحسنة » .

« ٢ - وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع
سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ،
ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٣ من المشروع التمهيدى على الوجه
الآتي : « ١ - مع ذلك فإن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا
كان ثابت التاريخ ، وكان سابقاً على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت
التاريخ ، أو عقد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً
في أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة . ٢ - وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل
التنبيه تزيد مدته على ثلاث سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث
سنوات ، ما لم يكن الإيجار قد سجل قبل قيد الرهن » . وهذا النص في لجنة المراجعة فأصبح
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، و ا ر ر ق ١١٤٠ في المشروع النهائي . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٥ (مجموعة الأعمال
للتحضيرية ٧ ص ٤٢ - ص ٤٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ولكن النص يقابل في تقنين المرافعات الأسبق :

م ٥٤٣ / ٦١٢ : لا يعمل بالإيجارات السابقة على تسجيل ورقة التنبيه ، إلا إذا كان تاريخها
ثابتاً بصفة رسمية - م ٥٤٤ / ٦١٣ : أما الإيجارات التي يكون تاريخها غير ثابت والتي
يكون عقدها بعد تسجيل التنبيه ولم تدفع الأجرة أو بعضها مقدماً ، فتعتمد إذا ظهر أنها حاصلة
من باب حسن الإدارة .

وفيما يتعلق بوجوب تسجيل عقد الإيجار إذا زادت مدته على تسع سنوات ، نصت المادة ١١ من من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالفات والحوالة » . وقد رأى المشرع أن الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنوات يكون أقرب إلى أعمال التصرف ، فأوجب تسجيله كأعمال التصرف حتى يعلم به من يقدم على أخذ حق على العقار ، فإن لم يكن مسجلاً أنقصت مدته إلى تسع سنوات^(١) . فينبغي إذن التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع سنوات وإيجار لا تزيد مدته على ذلك .

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من الرهن بالنسبة إلى العقار المرهون على تسع سنوات ، فإن هذا الإيجار لا يسرى بكامل مدته على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن . فإذا أجر الرهن العقاري المرهون لمدة اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وجب عليه أن يكون قد سجل هذا الإيجار قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن . فإن فعل ، سرى الإيجار بالنسبة إلى الدائن المرتهن لمدة اثنتي عشرة سنة تبدأ من وقت بدء سريان عقد الإيجار . أما إذا لم يكن الإيجار مسجلاً ، ولكن له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « والحكمة في هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته على (تسع) سنوات صار أقرب إلى أعمال التصرف ، فوجب أن يكون معروفاً للدائن المرتهن من طريق التسجيل وذلك قبل أن يقيد الرهن . ويجب ، من ناحية أخرى ، أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار تلحق بالعقار من ذلك الوقت ، والإيجار تصرف في الثمار فلا يسمح به بعد تسجيل التنبيه ، إلا إذا أمكن اعتباره نافعا للدائنين بأن كان داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية - ٧ ص ٤٣) .

الملكية أى التاريخ الذى تلتحق من وقته أجرة العقار المرهون بالعقار نفسه . فإنه يسرى لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريانه . فإذا كان الراهن قد آجر العقار المرهون لمدة اثنتى عشرة سنة دون أن يسجل عقد الإيجار . ولكن هذا العقد كان له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بخمس سنوات مثلاً ، سرى الإيجار فى حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات فقط . وتبدأ مدة تسع السنوات هذه من وقت بدء سريان عقد الإيجار . فيسرى هذا العقد على الدائن المرتهن لمدة أربع سنوات من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجب على الدائن المرتهن إذا نزع ملكية العقار المرهون أن ينزعها باعتباره مؤجراً لمدة أربع سنوات، منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية^(١) . وإذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فإنه لا يسرى فى حق الدائن المرتهن إلا فى حدود أعمال الإدارة الحسنة ، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب ما يقدره قاضى الموضوع .

وإذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإن تسجيله لا يكون واجباً . ولكنه يجب ، حتى يسرى لكامل مدته فى حق الدائن المرتهن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نوع ملكية العقار المرهون . فإذا آجر الراهن العقار المرهون لمدة تسع سنوات ، وكان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بمدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإنه يسرى فى حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريان عقد الإيجار ، أى يسرى لمدة ست سنوات بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى الدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار المرهون باعتباره مؤجراً لهذه المدة . أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو عقد بعد تسجيل هذا

(١) بلانيول وريبير وبيكه ١٢ فقرة ٨٩٧ ص ١٥٠ - شمس الدين الوكيل فقرة

التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فإنه لا يسرى في حق الدائن المرتهن إلا في حدود الإدارة الحسنة^(١). فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر ، بحسب ما يراه قاضى الموضوع كما سبق القول .

والإدارة الحسنة يشترط فيها ألا تعجل الأجرة إلا في الحدود المألوفة ، وأن تكون مدة الإيجار سنة واحدة كما قدمنا ، أو كما يتقدرها قاضى الموضوع . وتكون المدة عادة لا تزيد على سنة واحدة في المباني ، ولا تزيد على ثلاث سنوات في الأراضى الزراعية ، وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى . ونحب ملاحظة أن الأراضى لا يجوز أيضاً أن تقل مدتها عن ثلاث سنوات كما جرى بذلك قانون الإصلاح الزراعى ، فتكون المدة المعقولة في الأراضى الزراعية هى ثلاث سنوات دائماً .

وبلاحظ أخيراً أن الإيجار الصادر من الراهن والثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية قد يكون نتيجة نواطؤ بين الراهن المؤجر وبين المستأجر ، فيتفقان . بعد أن يرى الراهن أن الدائن المرتهن مزمع على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، على كتابة أجرة بخسة لإضراراً بالدائن المرتهن ، ويستكمل الراهن من المستأجر الأجرة أو الجزء الأكبر منها خفية . ففى هذه الحالة إذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، يجوز له للطعن فى عقد الإيجار

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « أخص ما يتصل بالعقار المرهون بإيجاره وقبض أجرته . أما الإيجار ، فإن كانت مدته أزيد من (تسع) سنوات فلا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن . فإن لم يكن مسجلاً أنزل إلى (تسع) سنوات بشرط أنه يكون تاريخه الثابت سابقاً على تسجيل تنبيه الملكية ، وإلا فلا ينفذ إلا إذا أنزل إلى مدة يمكن اعتباره فيها داخلاً فى أعمال الإدارة الحسنة ولم تدجل فيه الأجرة ، فينزل إلى السنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف . أما إذا كان الإيجار لا تزيد مدته على (تسع) سنوات فينقل فى حق الدائن المرتهن ولو غير مسجل ، ما دام ثابت التاريخ وسابقاً على تسجيل تنبيه الملكية . فإن لم يكن كذلك ، أنزل إلى حدود الإدارة الحسنة على النحو الذى تقدم . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٣) .

بالفرض ، ورفع الأجرة إلى أن تصل إلى الحد المناسب ، أو اعتبار الإيجار غير نافذ في حق الدائن المرتهن^(١) .

١٧٩ - قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ونفاذ ذلك في حق الدائن -

المرتهن - نحن قانوني : تنص المادة ١٠٤٦ مدني على ما أتى :

« ١ - لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ولا للحوالة بها كذلك ، نافذة في حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية » .

« ٢ - أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الواردة في الفقرة السابقة »^(٢) .

(١) انظر في ذلك شمس الدين الركيل ورفه ٧٦ ص ٢٤٠ - ٢٤١ - ولا يرى الحق في القيد بالنصرى البولصية ويورد أقوال الفقهاء والفرنسيين في ذلك .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل مدة المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً سنة واحدة . وقد وافقت لجنة المراجعة حل النص تحت رقم ١١٤١ في المشروع النهائى ، بعد رفع المدة إلى ثلاث سنوات . ووافق على مجلس النواب تحت رقم ١١٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٥ - ص ٤٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ولكن يقابله المادة ٢ من قانون التسجيل : يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : (أولاً) العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة التقاربية . (ثانياً) الإجراءات التي تزيد مدتها على تسع سنوات والمخالفات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة حل الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس ، غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون تنبيه سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد ما دفع مقدماً زائد عن أجرة ثلاث سنين .

ويؤخذ من هذا النص أن الراهن من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل تنبيه الملكية ، فإن الأجرة في هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية للعقار المرهون . وهي من حق الراهن أى مالك هذا العقار ما دامت عن مدة تسبق إلحاق الثمار بالعقار أى تسبق تسجيل تنبيه نزع الملكية .

فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً أو حول بها مقدماً . وجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون قبض الأجرة أو الحوالة بها مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات أقرب إلى أعمال التصرف ، فيوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الرهن ، حتى تكون نافذة في حق الدائن المرتهن لكامل المدة المعجلة . وما دامت المخالصة أو الحوالة قد سجلت قبل قيد الرهن ، فقد علم بها الدائن المرتهن أو ينبغي أن يعلم بها ، وقد أقدم على ارتهاق العقار مع تعجيل أجرته لمدة طويلة ، فيكون راضياً بذلك . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير مسجلة ، فلا تسرى إلا لمدة ثلاث سنوات ، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أى قبل إلحاق الثمار بالعقار وعدم جواز تصرف الراهن في الثمار . فإذا قبض الراهن الأجرة معجلة لمدة خمس سنوات مثلاً ، وسجل المخالصة قبل قيد الدائن المرتهن حق رهنه ، فقد علم هذا الدائن بما عجل من الأجرة أو ينبغي أن يكون عالماً بذلك ، فيكون راضياً بما تم ولا سبيل إلى الشكوى . وإذا لم يسجل الراهن المخالصة ، فإنها لا تسرى في حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات فقط ، ولا تعتبر أجرة السنتين الأخريين من الخمس السنوات قد عجلتا ، ويشترط في ذلك أن تكون المخالصة (أو الحوالة) ثابتة

التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى في حق الدائن إلا في حدود الإدارة الحسنة .

(الفرنس الثاني) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون أن هذا عمل عادي ، فلا يوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة . ولكنه يشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أي قبل إحقاق الثمار بالعقار حيث لا يكون للراهن الحق في الثمار من ذلك الوقت . فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً لمدة ثلاث سنوات أو حول بها مقدماً لمدة ثلاث سنوات ، وكانت المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنها تسرى في حق الدائن المرتهن . ويجب على هذا الدائن أن يعتبر العقار المرهون قد عجلت أجرته لمدة ثلاث سنوات . فإذا لم تكن المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يعتد بها إلا بالقدر الذي يتفق مع حسن الإدارة .

ويلاحظ هنا . كما لوحظ في إيجار العقار المرهون ، أنه إذا كانت المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هناك احتمالاً أن يكون الراهن قد أدرك أن الدائن المرتهن معزم على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، فيبادر بالتواطؤ مع المستأجر إلى قبض الأجرة أو الحوالة بها لمدة ثلاث سنوات حتى يخفف من آثار نزع ملكية العقار المرهون . فإذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، جاز له أن يطعن في تعجيل الأجرة بالغش والتواطؤ بين الراهن والمستأجر ، ويطلب اعتبار المخالصة أو الحوالة غير نافذة في حقه^(١) .

١٨٠ — بيع الثمار قبل قبضها : وهنا تكون ثمار العقار ثماراً مستحدثة ،

(١) انظر في ذلك شمس الدين التوكيل فقرة ٧٧ ص ٢٤٢ .

فقد زرعتها الراهن في العقار المرهون ونبتت ، فباعها وهي لا تزال في الأرض . ولما كانت المادة ١٠٣٧^(١) مدني قد نصت على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يالحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار » ، فإن الثمار المستحقة إذا كانت الأرض قد أنتجتها أو ساهمت في إنتاجها في مدة تالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن ما أنتجته الأرض في هذه المدة يكون ملحقاً بالعقار ، ولا يجوز للراهن بيعه إلا إذا كان ذلك يعد من أعمال الإدارة الحسنة .

أما إذا كانت الثمار قد بيعت وهي لا تزال في الأرض أي قبل جنبها ، وكان البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فهناك رأي يذهب إلى أن البيع ، حتى في هذه الحالة ، لا يسرى في حق الدائن المرتهن . ذلك أن الثمار لم تكن ، وهي لا تزال عقاراً ملتصقاً بالأرض ، فلا ينفذ بيعها باعتبارها منقولا في مواجهة الدائن المرتهن . ويستطيع هذا اعتبارها عقاراً مرهوناً حتى يتم فصلها من الأرض^(٢) .

ولكن هذا الرأي لم يرجح ، والرأي الراجح هو عكس ذلك . فيستطيع الراهن أن يبيع الثمار قبل جنبها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية . ويعتبر ذلك بمثابة تعجيل الأجرة ، وهو جائز كما قدمنا^(٣) .

أما إذا كان البيع غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ،

(١) انظر آنفاً فقرة ١٦٠ .

(٢) جارسوينيه وسيزاد برو في قانون المرافعات ٤ فقرة ٣٦٣ - كيش في طرق التنفيذ

فقرة ٢١٠ .

(٣) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٢٩١ - أنسيكلويدى دالوز

لفظ Fruits فقرة ٩١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨

ص ٢٤٥ .

فإنه لا يسرى في حق الدائن المرتهن . ومن حق هذا الدائن أن يستبقى المحصولات في الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى توزيع ثمنها كما يجري توزيع ثمن العقار نفسه . وكذلك لو كان البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكن الدائن المرتهن ادعى أن هذا البيع كان عن تواطؤ بين الراهن البائع والمشتري للإضرار بحقه ، فإن له أن يطعن في هذا البيع بالغش . ويعتبره غير نافذ في حقه (١) .

١٨١ - هو الرأهن في استعمال العقار المرهون : قدما أن الرهن

الرسمي لا يجرد الراهن من ملكية العقار المرهون ، ولا من حيازته . فبقي العقار المرهون في يده ، يستعمله كما كان يستعمله قبل الرهن (٢) . فإذا كان العقار منزلاً وكان يسكنه ، استمر ساكناً له بعد الرهن (٣) . وإذا كان العقار أرضاً فضاء ، وكان بصطاد فيها أو يستعملها للإقامة اليوم كله ، كان له أن يبقى في هذه الأرض وأن يصطاد ، كما كان الأمر قبل الرهن .

ولا يفيد من سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون إلا مراعاة حق الدائن المرتهن ، فليس له أن ينقص من قيمة العقار في استعماله إياه . وليس له أن يهدم العقار المرهون ، إلا إذا كان يريد من وراء هدمه أن يقيم على الأرض بناء آخر لا يقل عن البناء الأول . كذلك ليس له أن يترك البناء دون وقاية حتى يتخرب ، وللدائن المرتهن أن يعترض على هذا الموقف السلبي ، وأن يطلب عند الإقتضاء تعيين حارس يتعهد العقار المرهون بالحفظ

(١) انظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « يستبقى الراهن حق التصرف في العقار المرهون ، ويستبقى كذلك عنصرى الملكية الآخرين ، حق الاستعمال وحق الاستغلال . فله أن يستعمل العقار بنفسه ، وله أن يستغله فيجنى ثمراته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤١) .

(٣) سيمر تناظر فقرة ٣٠ ص ١١٢ .

والعناية ، حتى لا يهدده بالهلاك^(١) . وليس للراهن أن ينتزع من العقار المرهون العقارات بالتخصيص الملحق به ، إلا إذا قصد من ذلك إحلال عقارات أخرى محلها . فإذا لم يفعل ، كان للدائن المرتهن أن يسترد العقارات بالتخصيص وأن يعيدها إلى ما كانت عليه ، إلا إذا حازها حائز حسن النية فتملكها بالحيازة . وعند ذلك يجوز للدائن المرتهن ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته نقصاً كبيراً بانتزاع العقارات بالتخصيص منه ، أن يطلب استكمال الرهن ، أو تقديم رهن آخر مكانه ، أو إسقاط أجل الدين والمطالبة بالدين فوراً قبل حلول ميعاده الأصلي .

المبحث الثاني

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالدائن المرتهن

١٨٢ - نص رسمي قانونية : تنص المادة ١٠٥٠ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وتنص المادة ١٠٥١ مدني على ما يأتي :

« ١ - للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب، بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات » .

« ٢ - وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلّى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي تتبعها الحائز في تخلية العقار » .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ٧ ص ٤٩ - شمس الدين الوكيل

وتنص المادة ١٠٥٢ مدني على ما يأتي :

١ - يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

٢ - ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه (١) .

(١) تاريخ للنصوص :

م ١٠٥٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدي كان يحتوي على فقرة أولى تجرى على الوجه الآتي : « يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه حل أملاك المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، شأنه في ذلك شأن كل دائن عادي ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ » . وحلت لجنة المراجعة هذه الفقرة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » ، ووافقت على بقية النص تحت رقم ١١٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٥١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم ١١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٨ - ص ٦٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٧٣ / ٦٩٧ فقرة أولى : يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن يشرع ، بعد التنبيه على المدين بالوفاء وإنذاره ببيع العقار ، في نزع ملكية العقار المرهون ويبيعه في المواعيد المبينة في قانون المرافعات والأحوال الموضحة به ، وهذا فضلاً عما له من حق المطالبة على المدين شخصياً .

م ١٠٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٦١ من المشروع التمهيدي لم يكن يشمل على عبارة « أو قسط منه » في الفقرة الثانية . وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعض تعديلات لفظية ، =

وهذه النصوص تنظم علاقة الدائن المرتهن بالراهن في تنفيذ الأول بدينه على العقار المرهون وهي تعرض للمسائل الآتية : (١) تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذي له . (٢) التنفيذ على الكفيل العيني أى الراهن غير المدين . (٣) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . (٤) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات أو شرط الطريق الممهد .

١٨٣ - تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذى له : رأينا (١) أن الفقرة

الأولى من المادة ١٠٥١ مدنى تنص على أن « للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات » . وكانت المادة ١٠٥٠ مدنى فى مشروعات التمهيدى تحتوى على فقرة أولى تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، شأنه فى ذلك شأن كل دائن عادى . وذلك مع مراعاة المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ » ، فحذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة » (٢) . ويتبين من هذه النصوص أن الدائن المرتهن يتقدم للتنفيذ بحقه . عند حلول أجل هذا الحق ، بصفتين :

(أولاً) صفته باعتباره دائناً عادياً كسائر الدائنين ، وبهذه الصفة يكون له التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين ، شأنه فى ذلك شأن أى دائن عادى . فله أن ينفذ على عقارات المدين ومنقولاته دون أن يكون له فيها

١ - وأقرته تحت رقم ١١٤٧ فى المشروع النهائى . وأضاف مجلس النواب عبارة « أوقف منه » قبل كلمة « الاتفاق » فى الفقرة الثانية ، فصار النص تحت رقم ١١٢٢ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٠ - ص ٦٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ فى الهامش .

حق التقديم ، لأنه إنم يتقدم كدائن عادي . ويجب أن يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار أو العقارات التي ينفذ عليها ، والغالب أن يكون حقه مع الرهن الرسمي في ورقة واحدة ، فتكون ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج إلى حكم ، وله أن ينفذ بهذه الورقة الرسمية ، ويختار أي منقول أو عقار للمدين للتنفيذ عليه . فإذا اختار عقاراً أو عقارات وهو الغالب ، أعلن التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، واستمر في التنفيذ حتى يستوفي حقه أو بعض حقه من هذا العقار أو العقارات .

ولكن الدائن يتقيد في ذلك بقيدتين : (١) ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع التمهيدي) : (٢) ألا ينفذ الدائن على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفي بالدين^(١).

(ثانياً) صفته باعتباره دائناً مرتباً ، وحق رهنه هنا يتركز في العقار المرهون . فله ، بعد التنبيه على المدين بالوفاء ، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون . وهنا يكون حقه في العقار المرهون ثابتاً في ورقة رسمية حتماً ، لأن الراهن الرسمي يجب أن يكون في ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج الدائن المرتهن إلى حكم ، بل ينفذ بموجب هذه الورقة الرسمية ، ويبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أي من كفيل عيني ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء . والدائن المرتهن يستوفي حقه من العقار المرهون طبقاً

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « للدائن المرتهن

صفتان : (١) صفته باعتباره دائناً كدائن الدائنين . أموال المدين ضمان عام له ، فله أن ينفذ عليها بهيئة دون أن يكون له حق التقديم . ويراعى في التنفيذ القيود العامة ، وأهمها أنه لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون (م ٣٢٨ من المشروع) ، وأنه لا ينفذ على مال تكون قيمته أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦١) .

للإجراءات القانونية . فيطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات . وهو باعتباره دائناً مرتبها ، يتقدم في استيفاء حقه من العقار المرهون بحسب مرتبته ، بل وله حق تتبع هذا العقار كما سيجيء . كل هذا مع مراعاة ألا ينفذ الدائن على العقار ، إلا بالقدر الذي يفي بالحقوق (م ٣٢٩ من المشروع) .

وتنتهى الإجراءات إلى بيع العقار المرهون جبراً في المزاد ، ويستوفى الدائن المرتب حقه من ثمنه . وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً ، لمخالفته للنظام العام . ذلك أن هذه الإجراءات قد رسمها القانون لضمان حق كل من الدائن المرتب والراهن ، فالإخلال بشيء منها يكون باطلاً ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتب قد استغل حاجة الراهن . وسرى فيما يلي بطلان الاتفاق على أن يملك الدائن المرتب العقار المرهون إذا لم يف المدين بالدين^(١) ، وبطلان الاتفاق على بيع العقار المرهون دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون^(٢).

١٨٤ — التفسير على الكفيل العيني : وقد يتفق أن يكون الراهن هو غير المدين ، وهذا هو الكفيل العيني . وقد رأينا^(٣) أنه « إذا كان الراهن

(١) انظر ما يلي فقرة ١٨٥ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ١٨٦ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : للدائن المرتب صفتان : (١) (ب) صفته باعتباره دائناً مرتبها ، وحق الرهن يتركز في العقار المرهون . وهو ساطة تخول الدائن أن يستوفى حقه من هذا العقار طبقاً للإجراءات التي نص عليها تقنين المرافعات ، مع مراعاة ألا ينفذ على العقار إلا بالقدر الذي يفي بالحقوق (م ٣٢٩ من المشروع) . فالدائن المرتب لا يستوفى إذن حقه من العقار المرهون إلا طبقاً لإجراءات معينة تنتهى آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً في المزاد ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، لأن الإجراءات التي فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتب والراهن بما يحقق للتوازن بين المصالح المتعارضة ، فالإخلال بشيء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتب قد استغل حاجة الراهن وانزع رضاه » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٦١ — ص ٦٢) .

(٣) انظر أيضاً فقرة ١٨٢ .

شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (م ١٠٥٠ مدني) . ورأينا ^(١) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١ تنص على ما يأتي : « وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلص من العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليّة العقار » .

ويؤخذ من هذه النصوص أن الكفيل العيني إنما التزم عينياً بوفاء الدين المضمون ، بأن رهن مالا له رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في هذا الدين . فإذا كان الكفيل العيني قد رهن عقاراً له في الدين رهناً رسمياً ، وحل الدين ، حاز للدائن المرتهن ، بعد اتباع الإجراءات المقررة ، أن يقوم بالتنفيذ على العقار وحده دون سائر أموال الكفيل العيني . فإن هذا الكفيل لا يجب عليه الضمان العام في جميع أمواله للوفاء بالدين ، بل هو غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار الذي رهنه رهناً رسمياً . فلا يجوز إذن للدائن المرتهن أن ينفذ على أى مال للكفيل العيني غير العقار المرهون ، وتقول المادة ١٠٥٠ مدني في هذا الصدد : « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . . . » . ولم يقل النص : فلا يجوز التنفيذ إلا على ما رهن الكفيل من المال ، لأن هذه العبارة قد توهم أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ إلا على العقار المرهون ، في حين أنه يستطيع أن ينفذ ، إلى جانب ذلك ، على مال المدين نفسه . باعتبار الدائن دائماً عادياً . بما له من ضمان عام على مال مدينه . بل قد يكون المدين رهن مالا آخر في الدين ، فيجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة أن ينفذ على هذا المال الآخر كما ينفذ على عقار الكفيل العيني المرهون . وعلى ذلك يكون للدائن المرتهن أن يبدأ التنفيذ على عقار الكفيل العيني ، أو يبدأ على العين

المرهونة المملوكة للمدين ، أو ينفذ على المالكين مالم يكن مال منهما كافياً للوفاء بالدين . وإذا لم يكن المدين قد رهن في الدين مالا له ، جاز للدائن كما قدمنا أن ينفذ على أى مال للمدين^(١) كدائن عادى . ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن على التنفيذ أولا على أموال المدين ، مرهونة في الدين أو غير مرهونة ، أى أنه ليس له حق تجريد المدين أولا قبل التنفيذ على عقاره المرهون ، إلا إذا وجد اتفاق على هذا الأمر . وتشول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٥٠ مدنى كما رأينا : « ولا يكون له (للكفيل العيني) حق الدفع بتجريد المدين ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك »^(٢) .

ولما كان الكفيل العيني غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون ، فإن له أن يتفادى أى إجراء موجه ضده من إجراءات التنفيذ المتقدم ذكرها إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز في تخلية العقار^(٣) . وعلى ذلك يستطيع الكفيل العيني ، إذا أراد توقي إجراءات التنفيذ ، أن يتخلى عن العقار الذى رهنه كما يتخلى

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٩٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٨٥ ص ٢٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٧ ص ١٢٣ - أحمد سلامة فقرة ٧٥ ص ٢٦٠ .

(٢) وتشول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : وسلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون واحدة ، سواء كان العقار المرهون مملوكاً للمدين نفسه كما هو الغالب ، أو كان مملوكاً لكفيل عيني . فيرجع الدائن على العقار المملوك للكفيل ولا يرجع من مال هذا الكفيل إلا على هذا العقار . وهذا ما نقضى به المادة (١٠٥٠ مدنى) ، فهى تنص على أنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . وقد احتاط النص فلم يقل إن التنفيذ لا يجوز إلا على ما رهن الكفيل ، بل قال إن التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل إلا ما رهن ، حتى لا ينفى جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام . ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولاً على مال المدين (وهذا هو حق التجريد) لأن عقار الكفيل مرهون في الدين ، ويجوز للدائن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان في مال المدين عين مرهونة في نفس الدين ، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أى من العينين المرهونتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٣) انظر م ١٠٥١ / ٢ مدنى آنفاً فقرة ١٨٢ .

الحائز للعقار المرهون . ويتبع في ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع . ويسرى عليه ما يسرى على الحائز من أحكام . وتقول المادة ١٠٧١ مدني في نقل الحائز عن العقار المرهون ما يأتي : « ١ - تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها . ٢ - ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » . وعلى ذلك يتخلى الكفيل العيني عن العقار المرهون بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار الابتدائية . ويؤشر به في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . وعليه أن يعلن الدائن المرتهن بالتخلية في خمسة أيام من وقت التقرير بها . وعندئذ لا يستمر في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني ، ولو أنه يبقى مالكا للعقار . ويجوز لكل ذي مصلحة . ويدخل في ذلك الدائن المرتهن والكفيل العيني نفسه . أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس يتخذ الإجراءات في مواجهته ، وإذا طلب الكفيل العيني تعيينه حارساً وجب تعيينه . وتتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ضد الحارس ، وبعد بيع العقار واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه ، إن بقي شيء من هذا الثمن كان من حق الكفيل العيني ، لأنه يبقى مالكا للعقار المرهون كما قدمنا (١) .

١٨٥ - بطون شرط نملك العقار المرهون عند عدم الوفاء : رأينا (٢)

أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني تنص على أن « يقع باطلا كل اتفاق

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ويستطيع الكفيل العيني أن يتخلص من توجيه الإجراءات ضده (إذا هو تخلى عن العقار المرهون) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٢) انظر آتياً فقرة ١٨٢ .

يجعل للدائن الحق . عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله . في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيّاً كان ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن « . فإذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأى ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . وهذا الاتفاق يعرف باسم (pacte comissoire) ، ويلجأ إليه الدائن المرتهن حتى يستغل موقف الراهن . وموقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه الشرط . وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفى عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل هذا الشرط ، ويجعل الثمن هو نفس الدين المستحق ، أو إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً عن هذا الدين يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق ، ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة العقار^(١) . وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلاً ، أيّاً كان الثمن الذى اتفق عليه^(٢) ، وهو لا يكون عادة إلا أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين هذه القيمة الحقيقية والثمن هو الذى يستفيدة الدائن المرتهن^(٣) . ويغلب

(١) وپلانیول وریبیر وبیکیه فقرة ٤٤٥ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٩١ .
 (٢) ويكون أيضاً باطلاً بطريق القياس شرط تملك الدائن المرتهن مالا آخر للراهن في مقابل الدين ، أو شرط حصوله بعد بيع العقار على كل ثمنه ولو كان أكثر من الدين المضمون (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩٢ ص ٤٠٧ - محمد على إمام فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٢٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

(٣) وحتى لو كان الثمن يساوى القيمة الحقيقية للعقار المرهون أو كان أكثر من هذه القيمة ، فإن الاتفاق يكون باطلاً ، لألى المشرع لا يريد أن يكون هذا الأمر محل تحقيق وخبرة طويلة يحتم فيها الخلاف . على أن هذا الغرض يكاد لا يتحقق ، لأن الدائن المرتهن يحرص عادة على جعل الثمن أقل من القيمة الحقيقية للعقار .

أن بوضع هذا الشرط الباطل في عقد الرهن الرسمي ذاته ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد عقد الرهن الرسمي . فيبرم في اتفاق لاحق . والاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر يكون باطلا لنفس الأسباب . وقد نص المشرع صراحة على ذلك إذ قال كما رأينا : « ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن »^(١) . وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن الرسمي نفسه ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام . ولكن عقد الرهن الرسمي يبقى صحيحاً^(٢) . على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الشرط الدافع لإبرام عقد الرهن . فإن عقد الرهن يبطل أيضاً كبطلان الاتفاق . وقد نصت المادة ١٤٣ مدني في هذا الصدد على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال . فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله »^(٣) .

ولا يصح هذا الاتفاق إلا إذا أبرم بعد حلول الدين أو حلول قسط منه ، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني على ذلك ، إذ تقول كما رأينا^(٤) : « ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاء لدينه » . فيجوز إذن ، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً . أن يتفق مع الدائن المرتهن

(١) جمال الدين زكي فقرة ١٧٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٨٧ ص ٢٧٣ .

(٢) بيدان وقواران فقرة ٢٢٢ - محمد كامل مرسي فقرة ٨٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩٤ - سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٢٦ - ولا يمنع بطلان شرط للملك عند عدم الوفاء من أن يدخل الدائن المرتهن في المزاد الجبري ، ومن رسو المزاد عليه ، لأن المزاد الجبري يكون محوطاً بالضمانات التي يتطلبها لقانون (سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٢٦) .

(٣) سمير تناغر فقرة ٣١ ص ١٢٤ هامش ١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

على أن ينزل له عن العقار المرهون في نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل : بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن في هذه الحالة على أن يبيع له العقار المرهون بثمان أياً كان ، أكبر أو مساو أو أقل من الدين المستحق : فإن الراهن لا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء ، ويطلب بيع العقار المرهون طبقاً للإجراءات التي قررها القانون (١) .

١٨٦ - بطاوة شرط بيع العقار المرهون روبر إجراءات : وهذا أيضاً شرط باطل إذ يقارب شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ، ويسمى عادة بشرط الطريق الممهد (clause de voie parée) : وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التي فرضها تقنين المرافعات في البيوع الجبرية (٢) . ونخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « فيقع باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، في أن يملك العقار المرهون بأي ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، أو في أن يبيعه دون أن يراعى الإجراءات التي فرضها القانون ، وهذا هو شرط الطريق الممهد ، سواء أبرم الاتفاق في عقد الرهن ذاته أو أبرم بعده مادام قد تم قبل حلول الدين . أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لمصلحة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق سببته على أن ينزل الراهن عن العقار المرهون وفاء الدين أو على أن يشتري الدائن العقار بثمان معين أكبر أو أقل من الدين ، أو حتى أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد الثاني ، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التي تنجم من بيع العقار بالمزاد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(٢) ولم يكن مسموحاً في القانون الروماني أن يبيع الدائن المرتهن الشيء المرهون ، ما لم يرجعه اتفاق على إعطائه هذا الحق . وقد أصبح هذا الاتفاق مقررهما في عهد أوليان ، وأصبح فقدان المرتهن الحق في أن يبيع الشيء المرهون بالطريقة التي يختارها ، بالمزاد أو بالممارسة . وفي القانون الفرنسي القديم حدث تطور امتنع بموجب على الدائن المرتهن أن

لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع العقار بأكبر قيمة ممكنة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني على ذلك الحكم ، إذ تقول كما رأينا^(١) « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله . في أن . . . يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن » . فيكون إذن باطلا ، لمخالفته للنظام العام ، كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون ، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به . دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية . وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن الرسمي أو عقد بعد إبرام الرهن . فإنه يكون باطلا في الحالتين . ويقتصر أثر البطلان هنا أيضاً على الشرط نفسه . ويبقى عقد الرهن الرسمي صحيحاً^(٢) ، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للدائن المرتهن على التعاقد . فيبطل الشرط والرهن معاً . كما قدمنا في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء^(٣) .

أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه ، فإن الاتفاق يصح ، لأن مظنة استقلال الراهن في هذه الحالة نكرن قد

يسلك الشيء المرهون أو أن يسترد على خياره ، وأصبح واجباً عليه أن يتخذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون ، شأنه في ذلك شأن أي دائن آخر (بلانول وبيكيه ١٣٠٤ فقرة ١٠٤) .

(١) انظر أيضاً فقرة ١٨٢ .

(٢) جوار ٢ فقرة ١٠٢٨ - بودوي ردي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ - بلانول وبيكيه

وبيكيه ٢ فقرة ٤٤٤ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المقام ، وقد سبق إيراده

أولاً فقرة ١٨٥ في المجلد . وانظر بودوي ردي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ .

اننت ، كما رأينا قد انتفت في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . ولم ننص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني ، كما رأينا^(١) ، صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه ، كما نصت على جواز الاتفاق في هذه الحالة على تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية ، والقول بصحة الاتفاق في الحالتين^(٢) . ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ، فهي تقول : « أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني ، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد »^(٣) .

الفرع الثاني

أثر الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير

١٨٧ — ما هو المقصود بالغير هنا : المقصود بالغير هنا ليس هو

(١) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) وقد أجاز القضاء الفرنى أن يوكل الراهن الدائن المرتهن ، بعد استحقاق أجل الدين ، في بيع العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه (جيوار ٢ فقرة ١٠٣٩ - بودري ودى لوان ٢ فقرة ١٢٩٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٥ و ١٣ فقرة ٩٠٨) ، حتى لو كانت الوكالة لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الراهن وحده إذا أعطيت بعد عقد للرهن بمدة طويلة ، وبوجه خاص إذا أعطيت بعد حلول الدين المضمون (نقض فرنسي ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥ ص ٤٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢ - شمس الدين الوكيلى فقرة ٨٨ ص ٢٧٥ - ويجوز بطبيعة الحال لأى دائن آخر يكون طرفاً في إجراءات التنفيذ ألاّ يعمل بهذا الاتفاق لأنه ليس طرفاً فيه ، وينفذ على العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات (شمس الدين الوكيلى فقرة ٨٨ ص ٢٧٥) .

الراهن ولا الدائن المرتهن . فإن هذين هما المتعاقدان في عقد الرهن ، فلا يعتبران من الغير . وقد سبق الكلام في آثار الرهن الرسمي بالنسبة إليهما . وإنما المقصود بالغير هنا هو كل شخص له حق بضار من وجود الرهن الرسمي . وعلى ذلك يشمل الغير الفئات الثلاث الآتية :

(١) كل شخص له حق عيني تبعي على العقار المرهون . وتتضمن هذه الفئة دائناً آخر مرتهناً رهناً رسمياً ، ودائناً له حق اختصاص على العقار المرهون . ودائناً مرتهناً العقار المرهون رهن حيازة ، ودائناً له حق امتياز على العقار المرهون . فإن كلا من هؤلاء الدائنين له حق عيني تبعي على العقار المرهون . وبضار من وجود الرهن الرسمي إذا تقدم عليه صاحب هذا الحق وتقاضى حقه قبله من العقار المرهون .

(٢) كل دائن عادي للراهن ليس له حق عيني على العقار المرهون ، لأن هؤلاء الدائنين العاديين من حقهم لتقاضى ديونهم أن ينفذوا على العقار المرهون ، ويكونون جميعاً على قدم المساواة . فهم إذن يضارون إذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً للعقار ، وكان من حقه أن يتقدم عليهم جميعاً في تقاضى حقه من العقار المرهون .

(٣) كل شخص له حق عيني أصلي على العقار المرهون . مثل ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى مالك آخر ، فإن هذا المالك الآخر يضار بوجود الرهن الرسمي على العقار إذا كان الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار وهو في يد المالك الآخر . وكذلك الحال بالنسبة إلى صاحب حق الانتفاع ، وبالنسبة إلى صاحب حق الرقعة ، وبالنسبة إلى صاحب حق الحكر . فإن هؤلاء جميعاً يضارون بوجود حق الرهن الرسمي على العقار ، إذا تمكن الدائن المرتهن من التقدم عليهم في استيفاء حقه من العقار المرهون .

فيكفيها هنا أن نقول ، كما قدمنا ، إن الغير هو كل شخص له حق

بأنه من وجود الرهن الرسمي . وتنتشر على هذه الفئات الثلاث المتقدمة ، فهم جميعاً كما رأينا يضارون بوجود حق الرهن الرسمي إذا كان لصاحب هذا الحق أن يتقدم عليهم في استيفاء حقه من العقار المرهون^(١) .

١٨٨ - يجب قيد الرهن الرسمي أولاً حتى يستطيع الدائن المرهون استعماله من التفرص وهو التابع بالنسبة إلى الغير - نص قانوني : ولما كان الغير لا يعلم ، أو يجوز أنه لا يعلم ، بوجود حق رهن رسمي على العقار المرهون قبل أن يتعامل فيه ، فقد حصر القانون طريقة إعلام الغير بوجود حق رهن رسمي على العقار بقيد هذا الرهن الرسمي ، فيصبح الرهن الرسمي المقيد معلوماً لدى الجميع ، أو يمكن للجميع العلم به إذا هم قصدوا مكتب الشهر ويبحثوا عما يثقل العقار من حقوق عينية تكون نافذة في حقهم .

وقد نصت المادة ١٠٥٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

١ - لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس .

٢ - ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الغير بأصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي^(٢) .

(١) بيدان وفواران ١٤ نقرة ٨٦٢ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ نقرة ٧٥٨ - عبد الفتاح عبد الباقي نقرة ٢٤٤ - سليمان مرقس نقرة ٩٠ - شمس الدين الوكيل نقرة ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة نقرة ٩٤ - منصور مصطفى منصور نقرة ٤٠ - سمير تناغر ص ١٢٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد بقلم كتاب المحكمة أو المحاكم الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المرهون ، وتم هذا القيد قبل أن يكسب الغير حقاً عينياً =

= على العتار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإملاء . وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الخاصة بجهة حصول القيد مراعاة للنسج مع الأحكام الخاصة بالتسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، وأضيفت فقرة ثانية للنص تجرى حل الوجه الآتي : « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل من مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأثير بذلك في هامش القيد الأصلي . كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ » ، وأصبح رقم المادة ١١٤٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد حذف عبارة « كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ » من آخر الفقرة الثانية . وفي مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « منصلحة دائن آخر » بعد عبارة « مرتبة القيد » ، وأن تصدر الفقرة المذكورة بكلمتي « ولا » بدلا من « لا » ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٤ - ص ٦٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « شهر الرهن يكون بقيد » ، ويتم القيد في المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المرهون ، أما القيد الرسمي فيتم أمام أية محكمة ولو لم تكن محكمة العقار . وحتى يتم للقيد يجب أن يقدم الدائن أولا من ينوب عنه نسخة رسمية من عقد الرهن ، ويرفق بها قائمة (borderes) تشمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٦٣ من المشروع من هذه البيانات ما هو جوهرى كامم الراهن ولقبه وموطنه وكتعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا ، فإذا أغفل بيان من هذه البيانات الجوهرية كان القيد باطلا ، ويطلب البطلان من وقع عليه الضرر ، ويبقى الرهن على كل حال ، ولكن يجب إجراء قيد جديد يأخذ مرتبته من وقت إجراء . ومن البيانات ما ليس بجوهرى فلا يترتب على إغفاله البطلان ، ولكن ينتقص من أثر القيد بالقدر الذى يمنع الضرر . مثل ذلك أن يذكر في القيد مبلغ أقل من الدين المضمون ، فيقتصر أثر القيد على هذا المبلغ . أما إذا ذكر في القيد مبلغ أكبر ، فلا ينفذ أثر القيد إلا بقدر الدين . ومثل ذلك أيضا أن ينفخ ذكر الموطن المختار للدائن ، فيترتب على ذلك أن إعلان الأثر فى قلم كتاب المحكمة يكون صحيحا . ومثل ذلك أخيرا أن يغفل ذكر مصدر الحق المضمون ، فلا يترتب على ذلك ضرر ما ، ولا يبطل القيد ولا ينتفى من أثره . وفي لجنة المراجعة أوبحت المادتان ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع ، ووافق مجلس النواب على المادة . واستعاضت لجنة الشيوخ عن حكم هذه المادة ومواد أخرى بنص عام يحيل ، في إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحر والآثار المترتبة على ذلك كله ، إلى الأحكام الواردة في قانون الشهر العتارى ، لأن هذا القانون يتضمن كل التفاصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٠ - ص ٧٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٥ / ٦٨٩ : لا يصح التمسك بحق الرهن العتارى ، إن لم يسجل في قلم كتاب المحكمة التابع إليها مركز العقار قبل التصرف فيه للغير من قبل مالكة الراهن له ، وهذا مع عدم الإخلال بالقواعد المقررة في مواد القليبين .

ويفهم من هذا النص أن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير ، إلا إذا قيد عقد الرهن الرسمي ، أو قيد الحكم المثبت للرهن الرسمي إذا صدر حكم بإثبات الرهن ، قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس وسيأتي ذكرها عند الكلام في القيد . ويراد بكسب الغير حقاً عينياً على العقار أن يكون هذا الحق شهر ، بأن قيد هو الآخر أو سجل قبل قيد حق الرهن الرسمي .

فإذا تنازع الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع الغير ، نظر هل هذا الغير قد قيد حقه العيني التبعية ، أو سجل حقه العيني الأصلي ، فإذا كان القيد أو التسجيل قد تم قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه ، فقد فات هذا الحق على الدائن المرتهن ، إذ يتقدم عليه الغير الذي قيد حقه أو سجله قبل قيد الرهن الرسمي . أما إذا كان قيد الرهن الرسمي قبل قيد الحق العيني التبعية ، أو قبل تسجيل الحق العيني الأصلي ، أو وقع قيد الرهن الرسمي مطلقاً وذلك بالنسبة إلى الدائنين العاديين ، فعند ذلك يتقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً على صاحب الحق العيني التبعية وعلى الدائن العادي ، وكذلك يتبع العقار المرهون في يد من انتقلت إليه ملكيته .

وكل ذلك إذا أراد الدائن المرتهن رهناً رسمياً أن يتمسك بحق رهنه الثابت بالعقد أو الحكم . أما إذا تمسك بتحويل هذا الحق للغير ، فيجب أن يؤثر بهذا التحويل (أو هذه الحوالة) في هامش القيد الأصلي لرهنه . وكذلك يجب التأشير في هامش القيد الأصلي للرهن بحلول شخص آخر محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً حلاً قانونياً أو حلاً اتفاقياً ، وكذلك بالتنازل عن مرتبة القيد الأصلي لمصاحبة دائن آخر متأخر في المرتبة أو دائن عادي (انظر م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري)^(١).

(١) م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري : لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ، ولا التمسك بالحق الناشئ من سائر شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً . إذا كان قد قيد حق رهنه أولاً ، يستطيع أن يستعمل حق التقدم بالنسبة إلى دائن ذي حق عيني تبعي (دائن آخر مرتهن رهناً رسمياً ، أو دائن ذي حق اختصاص ، أو دائن ذي رهن حيازي) أو بالنسبة إلى دائن عادي . وله كذلك أن يستعمل حق التبع ، إذا كان قد قيد حق رهنه أولاً . بالنسبة إلى شخص انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

فهناك إذن أمران :

(١) قيد الرهن الرسمي أولاً .

(٢) استعمال الدائن المرتهن ، بناء على الأسبقية في القيد ، حق التقدم وحق التبع .

ونعالج في مبحثين متتاليين :

(١) قيد الرهن الرسمي .

(٢) استعمال حق التقدم وحق التبع .

المبحث الأول

قيد الرهن الرسمي

١٨٩ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٥٤ مدني على ما يأتي :

« تتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع التمهيدي

على الوجه الآتي : م ١٤٦٣ « يجب لإجراء القيد أن يقدم الدائن المرتهن ، أو أي شخص آخر ينوب عنه ، نسخة رسمية من عقد الرهن ، وأن يرافقها شئمة تشمل البيانات الآتية :

(١) اسم الدائن ونسبه وحرفته وموطنه الأصل ، وموطن المخارفي دائرة المحكمة ، على أن =

وبينهم من هذا النص أن جميع أحكام قيد الرهن الرسمى . من إجراءات وتجديد ومحو وإلغاء المحو وغير ذلك . تؤخذ من قانون تنظيم الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ . وكان هذا القانون قد صدر قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، فحذف من التقنين المدنى الجديد جميع النصوص الخاصة بأحكام يد الرهن الرسمى ، واكتفى بالإحالة إلى قانون تنظيم الشهر العقارى .

ونلاحظ بادئ ذى بدء أن قيد الرهن الرسمى ليس إلا طريقة لإعلام

= يكون للدائن حق تغير هذا الموطن المختار فيما بعد ، فإن لم يحتر له موطناً صح إعلان الأوراق ، إن وجدت ، فى قلم كتاب المحكمة . (ب) اسم المدين ولقبه وحرفته وموطنه . (ج) تاريخ عقد الرهن وقلم الكتاب الذى تم أمامه هذا العقد . (د) مصدر الحق المضمون بالرهن ، ومقدار هذا الحق كاملاً ، وميعاد استحقاقه . (هـ) بيان يتضمن تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً . م ١٤٦٤ هـ لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة السابقة بطلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير ، ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها . هل أنه يجوز للقاضى أن يبطل القيد أو أن ينقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقم المادة ١١٤٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة . واستماضت لجنة مجلس الشيوخ من حكم هذه المادة ومواد مخدوفة أخرى بنص عام ، يحيل فى إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله إلى الأحكام الواردة فى قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القانون تضمن كل التفاصيل الواردة فى المواد المتقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٩٥٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٦ - ص ٧٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٦ / ٦٩٠ : يسجل الرهن بناء على قائمة تقدم فى نسختين وتشتمل على : (أولاً) على اسم الدائن واقبه وصنفته ومحل سكناه وبيان المحل الذى اختاره فى دائرة المحكمة . (ثانياً) على اسم المدين أو المالك الذى رهن إذا كان غير المدين ، وعلى لقبه وصناعته ومسكنه . (ثالثاً) على تاريخ عقد الرهن ونوعه وبيان قلم كتاب المحكمة الذى وقع فيه هذا العقد . (رابعاً) على مقدار مبلغ الدين وسبب بيان أصله . (خامساً) على بيان العقار المرهون بياناً كافياً . وإن لم يعين محل فى العقد ، فتعلن الأوراق عند الاقتضاء بتسليمها لقلم كتاب المحكمة ، ويعتبر إعلانها على هذا الوجه صحيحاً

الغير بأن هناك رهناً رسمياً يثقل العقار المراد التعامل فيه ، فيحترس الغير عند التعامل وبحسب حساب هذا الرهن^(١) .

وننتقل إلى نظام قيد الرهن الرسمي كما هو وارد في قانون تنظيم الشهر العقاري ، فإن هذا القانون هو الذي يحكم الآن نظام قيد الرهن الرسمي كما نصت المادة ١٠٥٤ مدني فيما أسلفنا .

وقبل ذلك نذكر ما نصت عليه المادة ١٠٥٥ مدني ، فقد نصت هذه المادة على ما يأتي : « مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك »^(٢) . فالأصل إذن أن يتحمل الراهن ، سواء كان هو المدين نفسه أو غيره ، جميع مصروفات القيد ، من إجراء وتجديد ومحو . ومع ذلك يجوز أن يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على أن تكون هذه المصروفات ، أو بعض منها ، على غير الراهن . فيجوز مثلاً الاتفاق على أن تكون هذه المصروفات على الدائن المرتهن نفسه ، أو على المدين إذا لم يكن هو الراهن . ويجوز الاتفاق على أن تكون مصروفات محو القيد على الدائن المرتهن ، أو على المدين غير الراهن . وبلاحظ أنه إذا جعلت المصروفات أو بعضها على المدين غير الراهن ، وجب الحصول على رضا المدين بذلك . وجعل المصروفات في الأصل على الراهن معقول ، لأن الدائن المرتهن لا يتحمل عادة شيئاً من المصروفات ، ولأن الراهن يكون في أغلب الأحوال هو المدين^(٣) .

(١) انظر في هذه المناسبة نظرية الأستاذ شفيق شحاتة (النظرية العامة للتأمين المعنى ١ ص ٤١ - ص ٤٣) ، وردى عليها في (الوسيط ٢ ص ٧٧٢ هامش ٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤١ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٥ (مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٧٩ - ص ٨٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « مصروفات القيد وتجديده -

يبقى بعد ذلك أن نستعرض المسائل الأساسية في قيد الرهن الرسمي ، كما وردت في قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهى مسائل ثلاث : (١) إجراء القيد . (٢) تجديد القيد . (٣) محو القيد وإلغاء المحو .

١٤ - إجراء القيد

(Inscription)

١٩٠ - وجوب قيد الرهن متى يكون حجة على الغير : تنص المادة

١٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

ويؤخذ من هذا النص أن الحقوق العينية العقارية التبعية - وتشمل حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى العقارى وحق الامتياز العقارى الخاص - يجب شهرها فى مكاتب الشهر العقارى . فإذا لم تقيد ، لا يبطل الرهن ، وإنما لا يكون حجة على الغير . فإذا لم يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حق رهنه ، لم يكن هذا الرهن حجة على الغير ، لا من حيث التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوى الحقوق العينية العقارية التبعية على العقار المرهون وبالنسبة إلى الدائنين العاديين ، ولا من حيث التبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

= ومحوه تكون على الراهن . ما لم يتفق على غير ذلك . وقد تقدم أن مصروفات عقد الرهن نفسه تكون على الراهن أيضاً . وهذا تطابق للقاعدة العامة التى تقضى بأن المدين هو الذى يتحمل مصروفات الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩) .

وبلاحظ أن مصروفات القيد والتجديد مضمونة بالرهن وفى مرتبته ، دون سائر مصروفات الرهن . وقد نصت المادة ١٠٥٨ / ١ مدنى على أنه « يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات القيد والتجديد إدخالاً ضمنياً فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها (انظر ما بيل فقرة ٢٠٩) .

فإذا فرض مثلاً أن دائئاً مرتهناً رهناً رسمياً لم يقيد رهنه ، أو قيده بعد أن شهر المزاحمون معه حقوقهم ، لم يتقدم هذا الدائن المرتهن على أى من هؤلاء ، وكذلك لم يستطع استعمال حق التبعية^(١) .

أما إذا قيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه قبل أن يشهر المزاحمون معه - حقوقهم ، فإنه يكون له حق التقدم على الدائن ذى الحق العيني العقارى التبعية . وعلى الدائنين العاديين وهؤلاء لا يشهرون حقوقهم^(٢) ، ويكون له حق التبعية بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون^(٣) .

ويترتب على ضرورة القيد فى نفاذ الرهن على الغير لا فى صحة الرهن ، أنه إذا وقع القيد باطلا لم يؤثر ذلك فى صحة الرهن . ويجوز إجراء قيد جديد بموجب الرهن ذاته الذى يظل صحيحاً ، ولكن لا يحتج بهذا القيد على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الجديد^(٤) . ويترتب على عدم ضرورة القيد فيما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن هدف المشرع بالأحكام الواردة فى المادتين ١٢ و ٥٨ من القانون رقم ١١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، والمادتين ١١١٤ و ١٠٥٤ من التقنين المدنى الجديد ، تنظيم شهر التصرفات العقارية ، حماية للائتمان العقارى . فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم تكون القواعد التى قررتها قواعد أمرية واجبة التطبيق حقا ، ولا تسوغ مخالفتها بمقولة : إن من تبرعت لمصالحته قد تنازل عن التمسك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه ، وإن كان الطاعن من فريق الغير ، إلا أنه ليس له أن يستفيد من عدم قيد الرهن وفقا للقانون ، لتنازله من حقه فى ذلك وقبوله مريان الرهن بالنسبة إليه ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (ندرس ٩ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٢٥) .

(٢) وإنما قد يحدث ما يفرض الدائن المرتهن من إجراء قيده ، كبيع العقار المرهون أو إفلاس الراهن ، وسياق بيان ذلك تفصيلا فيما يلى . فإذا حدث شيء من ذلك ، لم يستطع الدائن المرتهن قيد رهنه ، فيتساوى مع الدائن العادى ولا يتقدم عليه .

(٣) وإذا قيد الدائن الرهن ، جاز له أن يحتج به على المشتري الذى سجل عقده بعد القيد ، ولو كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل القيد (استئناف مخطاط ٨ يونيو ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢) .

(٤) استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ رقم ٤١ ص ٢٠٠ .

بين الراهن والدائن المرتهن ، أن الراهن لا يجوز له أن يتمسك ببطلاق القيد ، أو بسقوطه لعدم التجديد^(١) .

١٩١ - اختصار القيد عن التسجيل : وقد رأينا أن التسجيل

(transcription) يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك ، أو هو حفظ المحرر نفسه كما هو والاكتفاء بإعطاء صور فوتوغرافية لأصحاب التأمين . أما القيد (inscription) فهو نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذى يتضمن عقد الرهن ، وتدوينها في سجل خاص^(٢) . ولا تؤخذ بيانات القيد من المحرر مباشرة ، وإنما يقدمها طالب القيد في قائمة خاصة (bordereau) ، وسنعود إلى ذلك تفصيلاً فيما يلى . ويكفى الآن أن نذكر أن القيد يتم ، طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى ، بذكر القائمة (bordereau) المحتوية على البيانات في سجل خاص حسب تاريخ تقديمها ، ثم حفظها مع القوائم الأخرى في سجل بعد التأشير عليها بتاريخ قيدها ورقمه في هذا السجل الخاص ، وإعطاء مقدمها صورة فوتوغرافية منها .

وقد أوجبت اللائحة التنفيذية من قانون الشهر العقارى على الدائن المرتهن تحرير قائمة القيد من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكتب الشهر العقارى ومأمورياته (م ١٩ اللائحة التنفيذية) ، ويضمنها البيانات المطلوبة ، ويوقع هذه القائمة ويقدمها مع صورة عقد الرهن التنفيذية إلى مكتب الشهر الواقع في دائرته العقار المرهون . فيتحقق المكتب من مطابقة بيانات القائمة لما ورد في عقد الرهن ، ثم يدرجها في دفتر معد لإثبات البيانات المعينة للمحركات أو القوائم المقدمة للشهر بأرقام متتابعة بحسب أسبقية تقديمها مع ذكر تاريخ اليوم والساعة (م ١٦ من اللائحة التنفيذية) . ثم يضع على القائمة الرقم والتاريخ اللذين قيدت بهما في هذا

(١) بيدان وفواران فقرة ٨٦١ - سليمان مرتس فقرة ٩٠ ص ١٥١ .

(٢) استئناف مصر ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢٠ رقم ١١٨ ص ٣٠٨ .

الدفتر . ويصدرها ويستخرج منها صورتين فوتوغرافيتين ، يسلم إحداها مع صورة العقد التنفيذية لطالب القيد بعد التأشير عليها بمطابقتها للأصل ، ويرسل الأخرى إلى دار المحفوظات بالمكتب الرئيسي (م ١٩ من اللائحة التنفيذية) . ويحفظ القائمة الأصلية في ضمن مجلدات تتكون من مجموع المحررات والقوائم التي تم شهرها ، بحسب أرقامها المتابعة (م ٢١ من اللائحة التنفيذية) .

١٩٢ - أين يجري القيد : منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، يجب إجراء القيد في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه . وإذا كان العقار أو العقارات واقعة في دوائر اختصاص مكاتب متعددة . وجب إجراء الشهر في كل مكتب منها . ولا يكون للشهر الذي يتم في أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الذي يقع في دائرة اختصاصه (م ٥ قانون الشهر العقاري) .

فإذا أجرى القيد في مكتب واحد بالنسبة إلى عقار يقع في دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى جزء العقار الواقع في اختصاص هذا المكتب . وإذا كانت العقارات متعددة وواقعة في دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، ولم يجر الشهر إلا في مكتب واحد منها ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الواقع في دائرة اختصاص المكتب الذي أجرى فيه القيد .

١٩٣ - طالب القيد : تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « تم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » .

وذو الشأن في طلب القيد الرهن الرسمي من الدائن المرتهن . فيجوز لهذا أن يطلب القيد ، سواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية . ولا يشترط

فيه إلا التميز . لأن القيد من الأعمال النافعة له نفعاً محضاً^(١) .

فإذا كان الدائن المرتهن قاصراً أو محجوراً عليه . جاز كذلك أن يباشر القيد الولي أو الوصي أو القيم ، بحسب الأحوال .

وإذا كان الدائن المرتهن رشيداً غير محجور عليه . جاز أن ينوب عنه في طلب القيد وكيله الخاص أو العام^(٢) .

ويجوز ، فوق ذلك ، لفضولي أن يطلب القيد لحساب الدائن المرتهن ، متى توافرت فيه شروط النضالة . فإذا أقر الدائن المرتهن هذا القيد نفذ ، وإلا جاز له وللراهن طلب محوه^(٣) .

ويجوز لدائني الدائن المرتهن أن يطلبوا القيد باسم هذا الدائن ونياية عنه^(٤) . ويلاحظ أن دائني الدائن المرتهن يطلبون في هذه الحالة استعمال حق مدينهم الدائن المرتهن ، فيجب توافر شروط الدعوى غير المباشرة .

وإذا حول الدين المضمون بالرهن ، جاز للمحال له طلب القيد باسمه . ولا يشترط في ذلك أن تكون الحوالة بعقد رسمي ، فيجوز أن تكون بورقة عرفية^(٥) .

ويجوز لورثة الدائن المرتهن ان يطلبوا إجراء القيد ، باسمهم أو باسم المتوفى^(٦) .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢١ - محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٢ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٥) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧

م ١٩ ص ١٨٤ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٦) محمد كامل مرسى فقرة ٨٩ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ و

ولكن لا يجوز لمكتب الشهر العقارى إجراء القيد من تلقاء نفسه (م ٢٠ من قانون الشهر العقارى) (١) .

١٩٤ - ضد من يكونه القيد : يكون القيد ضد مالك العقار المرهون وقت الرهن ، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلًا عينيًا . فلو أن مالك العقار المرهون قد تغير في الفترة ما بين الرهن وقيدده ، فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت قيدده ، ويقيد الرهن ضد مالك العقار وقت الرهن . وقد يموت الراهن بعد الرهن وقبل القيد ، فيكون في هذه الحالة للدائن المرتهن الخيار بين طلب القيد ضد ورثته أو طلب القيد ضد الراهن الميت . وقد أجاز إجراء القيد ضد الراهن الميت بالرغم من موته تيسيراً على الدائن المرتهن ، فقد يجهل هذا جميع ورثة الراهن الميت ، فأجيز له الاكتفاء بعيد الرهن ضد الراهن الميت (م ٢١٤٩ مدنى فرنسى) (٢) .

وقد اشترط المشرع المصرى أن تشمل المحررات المقدمة للشهر ، فوق البيانات الخاصة بموضوعها ، جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخص كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ من قانون الشهر العقارى) .

وأوجبت اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى أن تعد بمكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس ، وأن يخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيه أسماء جميع الأطراف في المحررات أو جميع ذوى الشأن فيها (م ٢٥ لائحة تنفيذية) ، وأن تعد سنوياً بكل مكتب من مكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل محافظة ، وترسل في نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسى لتحفظ بدار المحفوظات فيه (م ٢٦ لائحة تنفيذية) . ويستدل بهذه الفهارس على التسجيلات والقيود التى قد تكون أجريت ضد شخص

(١) بلانيول وريبير ويكيه نكرة ٧٢٣ - سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) محمد كامل مرقس فقرة ٩٥ - سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

معين في وقت معين . فمن أراد أن يتعامل مع شخص معين بأن يرتهن منه عقاراً مثلاً . كانت له مصلحة في الاطلاع على ما قد يكون صدر من مالك العقار المرهون من تسجيلات وقبوض واردة بالفهارس . فيطلب بياناتها إن وجدت . أو بياناً بعدم وجود شيء من ذلك (م ٢٨ لائحة تنفيذية) (١) .

١٩٥ - تقديم طلب القيد للمأمورية والتأشير على المحرر بهجرته للشهر :
ويقدم طلب القيد للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها (م ٢١ - ٢٣) .

ويؤدي رسم قدره خمسون قرشاً عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلباً بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (قانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) .
وتدون الطلبات ، على حسب تواريخ وساعات تقديمها ، بدفتر يعد لذلك بالمأمورية (م ٢٥ قانون الشهر العقاري)

وتعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبول إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . فإذا لم يتقدم الطالب لتسليم هذه النسخة في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليها ، أرسلت إليه في محل إقامته المبين في الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٦ شهر) . وللمأمورية ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن أن تستوفى البيانات فيما يتعلق بوصف العقار وأصل الملكية أو الحق العيني مما يكون قد قدم إليها من طلبات أو مستندات متى كان لديها صولها أو صورها ، وفي هذه الحالة يجب تصوير كل مستند يستعان به على نفقة صاحب الشأن (م ٢٧ شهر) .

(١) انظر ذلك النظام ، وفي أنه قد لا يؤدي إلى الفرض لأن نظام الشهر عندنا نظام شخصي : سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

ومتى أشر على الطلب بقبول إجراء الشهر . قدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ، وبعد بالمأمورية دفتر تدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها . وتوشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه ، أرسل إليه في محل إقامته المبين في الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٨ شهر) . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحياتها للشهر (م ٢٩ شهر) .

ويتبين من كل ما تقدم أن إجراء القيد يتضمن مرحلتين :

(أ) المرحلة التمهيدية لقبول إجراء الشهر : يتقدم الدائن المرهن أو من ينوب عنه بطلب إجراء القيد إلى المأمورية التي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصها . ويجب أن يتضمن الطلب بيانات معينة ، أخصها ما يتصل بطرفي عقد الرهن ، وتعيين العقار المرهون من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ومقدار الدين الذي يضمنه . ويدون الطلب السالف الذكر حسب تاريخ التقديم وساعته في دفتر معد لذلك في كل مأمورية ، ويسمى دفتر أسبقية طلبات الشهر . وتتولى المأمورية فحص الطلب من الناحية القانونية ، ثم ترسله إلى الجهة المختصة للتثبت من مساحة العقار وحدوده . وترسل نسخة من الطلب إلى من قدمه ، مؤشراً عليها بقبول إجراء القيد . وعند ذلك يجب على صاحب الشأن أو من ينوب عنه أن يرسل للمأمورية المختصة مشروع عقد الرهن الرسمي المراد قيده ، مرفقاً به النسخة المؤشر عليها بقبول طلب القيد .

(ب) المرحلة النهائية لقيد الرهن : وتبدأ هذه المرحلة بتقديم عقد الرهن الرسمي المراد قيده إلى مكتب الشهر المختص ، ويجب أن يرفق عقد الرهن عند

تقديمه بقائمة قيد تشتمل على بيانات سيأتى ذكرها . وبعد بالمكتب دفتر ثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة ، وفقاً لتاريخ وساعات تقديمها . ومنذ ذلك الوقت يعتبر الرهن مقيداً ، فيسرى في حق الغير .

وهذه الخطوات التى رسمت لإجراء قيد الرهن الرسمى هى نفس الخطوات التى تتبع فى قيد الحقوق العينية العقارية التبعية غير الرهن الرسمى : حق الاختصاص وحق الرهن الحيازى العقارى وحقوق الامتياز الخاصة العقارية .

١٩٦ — البيانات القانونية الواجب ذكرها فى قائمة القيد : تنص

المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى :

« إذا كان شهر المحرر بطريق القيد ، وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية » :

« (أولاً) اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحل المختار فى دائرة المحكمة فإن لم يختَر له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة .
« (ثانياً) اسم المدين أو المالك الذى ترتب الحق على ماكه إذا كان غير مدين ، ولقبه وصناعته ومحل إقامته .

« (ثالثاً) تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها .

« (رابعاً) مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه .

« (خامساً) بيان يتضمن تعيين العقار الذى ترتب عليه الحق تعييناً دقيقاً .

« (سادساً) فى حالة رهن الحيازة العقارى ، بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه فى عقد الرهن .

ولما كان البيان السادس خاصاً بالرهن الحيازى العقارى ، فنقتصر على البيانات الخمسة الأولى ، ونقول كلمة موجزة فى كل منها : الدائن والمدين وسند الدين والدين المضمون والعقار المرهون .

١٩٧ - الدائن : لا تقتصر قائمة القيد على ذكر اسم الدائن المرتهن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ، بل تذكر أيضاً المحل المختار الذى اختاره الدائن فى دائرة المحكمة التى يكون فيها العقار المرهون . حتى لو كان المحل الحقيقى لإقامة الدائن فى دائرة هذه المحكمة . فقد يغير الدائن هذا المحل الحقيقى فلا يصيب التغيير هذا المحل المختار .

وانغرض من أن يكون للدائن محل مختار فى دائرة المحكمة أن يتسنى إعلانه فى هذا المحل ، فيكون الإعلان صحيحاً . فمن أراد مثلاً تطهير العقار يتسنى له إعلانه الدائن فى المحل المختار . ويكون الإعلان صحيحاً حتى لو غير الدائن محل إقامته الحقيقى (١) .

وميجوز للدائن المرتهن أن يغير محله المختار بآخر فى دائرة العقار المرهون ، إذا أشر بهذا التغيير فى هامش القيد (٢) . وميجوز ذلك أيضاً لمن حول إليه الدين المضمون (٣) .

وإذا لم يختار الدائن المرتهن محلاً مختاراً . صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب محكمة العقار .

١٩٨ - المدين : يجب أن يذكر فى قائمة القيد اسم المدين ولقبه وصناعته ومحل إقامته . والمقصود بالمدين هنا مالك العقار المرهون ، سواء كان هو المدين كما هو الغالب أو كان غير المدين بأن كان كفيلاً عينياً بملك العقار المرهون .

(١) استئناف مغلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٧٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٧٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٩٤ .

(٣) وتشترط المادة ٢١٥٢ مدنى فرنسى فى هذه الحوالة أن تكون بمقد رسمى ، منها الإضرار بالدائن الأصل فيما لو قدم شخص حوالة عرقية مزورة وطلب بموجبها تغيير المحل المختار حتى لا تصل إلى الدائن الأصل إعلانات الإجراءات المتعلقة بفرع ملكية العقار أو تطهيره (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٧٢٦) .

ولما كان نظام الشهر عندنا نظاماً شخصياً لا عينياً . فإن ذكر اسم المدين أو مالك العقار المرهون وكل البيانات التي تدل عليه هام جداً . فإذا كان اللقب والصناعة ومحل الإقامة لا تكفي للتعريف بالمدين أو مالك العقار المرهون ، فإنه يجب أيضاً ذكر سنه وجنسيته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ شهر) .

والمهم أن يكون المدين أو مالك العقار المرهون معروفاً تعريفاً كافياً بحيث لا يقع لبس فيه ، فمعرفة مالك العقار هي وحدها التي تعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار في نظام شخصي للشهر .

١٩٩ - صدر الدين : وتذكر القائمة تاريخ هذا السند ، وذكر التاريخ يفيد في التحقق من توافر أهلية التصرف للرهن وقت الرهن ، إذ أن سند الدين يكون في العادة سابقاً في التاريخ على الرهن ذاته^(١) . ويجب أن تذكر القائمة أيضاً الجهة التي تم أمامها أو صدر منها السند ، لأن ذلك يفيد في التحقق من اختصاص تلك الجهة بتحرير عقد الرهن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يشترط ذكر البيانات الكاملة عن طبيعة الدين ، بل يكفي أن يذكر أن الدين نشأ بموجب عقد رسمي يعين تاريخه وقلم العقود الرسمية الذي حرر فيه^(٢) .

٢٠٠ - الدين المضمون : وذكر القانون أن قائمة القيد تذكر عن الدين المضمون أموراً ثلاثة :

(١) مصدر الدين المضمون : فيتيسر التحقق من صحة هذا الدين وبقائه قائماً لم ينقص ، إذ يستطيع تعقب مصير الدين إذا ما انقضى ، فإنه يترتب

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٨ - بلافيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٧٢٨ - جرانمولان فقرة ٣٧٢ - عهد كابل مرسى فقرة ٩٩ - سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

(٢) استئناف مخطوط ١٧ يرنيه ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٥٨ .

على انقضائه زوال الرهن بصفة تبعية . واشتراط بيان مصدر الدين المضمون يفوت على المدين فرصة الإبقاء على مرتبة متقدمة لصالح أحد الدائنين ، إذ أنه يتيسر ذلك إذا لم يحدد مصدر الدين المضمون . فقد يكون الشخص مديناً لآخر بعدة ديون مختلفة المصادر . أحدها مضمون برهن سدده المدين . فيستخدم الرهن ضماناً للدين من الديون الأخرى ، مع أن القانون المصرى قرر بنص صريح أن الرهن يتبع ديناً معيناً دون غيره في صحته وانقضائه (م ١٠٤٢ / ١ مدنى) .

(٢) تعيين مقدار الدين كاملاً : فعلى ضوء هذا التعيين يتحدد موقف من يريد أن يتعامل مع المدين في العقار المرهون . فإن كان مشترياً ، فإنه يعنيه معرفة قدر الديون التي يضمنها العقار . لأن القانون أجاز له أن يقضيها عن المدين ويحل محل الدائنين فيها . وإن كان دائناً مرتباً آخر ، فإنه يعنيه معرفة صلاحية العقار لتقديم ضمان فعال لدينه ، من معرفة الدين المضمون بالرهن والذي يسبق دينه (١) .

(٣) ذكر ميعاد استحقاق الدين : حتى يتيسر على المطلع معرفة مصير الدين . والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به .

هذا ويلاحظ أنه يجب أن يذكر في قائمة القيد ذكر الدين ولو كان احتمالياً أو مستقبلاً ، وبيان مصدره ، وتعيين مقدار هذا الدين (الحد الأقصى) . وميعاد الاستحقاق . وقد تضى بأن ميعاد الاستحقاق لا يشترط أن يكون تاريخاً معيناً ، بل يجوز أن يكون تاريخاً ممتداً كما في عقد الإيجار ، حيث لا يعرف بالضبط أى قسط من الإيجار سيتأخر المستأجر عن الوفاء

(١) وقد نعت محكمة الاستئناف انطلقت بأنه إذا كان الدين المضمون أجرة مستحقة بمقدار إيجار قابل للتجديد ، وكان القيد لم يذكر إلا أجرة سنتين معينتين بالذات هما مدة لإيجار الأصاية ، فلا يفسد القيد الأجرة عن المدة المحددة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٠) .

به . فيكفي أن يذكر أن الرهن ضامن للأجرة طوال مدة الإيجار (١) .

٢٠١ - العقار المرهون : وقد جاء في المادة ٢٢ من قانون الشهر

العقارى ما يجب أن يذكر في هذا الصدد ، إذ نصبت هذه المادة على ما يأتى :
« البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار . وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فإن كان من الأراضى الزراعية ، وجب ذكر اسم الناحية والخوض ورقم القطعة . وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها . وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد » .

وبلاحظ وجوب تطابق البيانات الواردة في عقد الرهن مع تلك التى جاءت في قائمة القيد . وقد استلزم قانون الشهر العقارى عند تقديم طلب الشهر في المرحلة النهائية . أن يقدم عقد الرهن الرسمى ، وممروناً بقائمة القيد (٢) .

وبلاحظ أن ما جاء خاصاً بالعقار المرهون والدين المضمون يعتبر لمبدأ تخصيص الرهن . على أن التخصيص الوارد في عقد الرهن لا يغنى عن ذكر هذه البيانات في قائمة القيد . ففي عقد الرهن التخصيص شرط لازم لانعقاده ، أما في قائمة القيد فالبيانات واجبة لسريان الرهن على الغير (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ - وقد قضى أيضاً بأنه يكفى في القيد ذكر عقد الرهن وتاريخه ومكان تحريره ، ولو تضمن بيانات غير دقيقة من نوع الدين ذاته (استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب في جميع البيانات التى تذكر في قائمة القيد أن تكون مطابقة لما ورد في عقد الرهن ، وإلا فلا هبة بها (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٤) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧٢ هامش ٢ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص ، فإن هذا البطلان لا يزول بالتخصيص الوارد في قائمة القيد : استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٥ .

٢٠٢ — جزاء عدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون : وقد عني المشرع في قانون تنظيم الشهر العقاري ببيان جزاء تختلف بعض البيانات المتقدمة أو الخطأ فيها .

وعني بنوع خاص بعدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون ، فخصص له نصاً هو المادة ٤٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

وقد نصت المادة ٤٢ من هذا القانون على أنه (يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل) .

فإذا كان مبلغ الدين المضمون بالرهن هو مبلغ ٤٥٠٠ ، فإن ذكر هذا المبلغ على حقيقته في قائمة القيد ، تطابقت قائمة القيد مع الحقيقة ، ووجب الأخذ بمبلغ ٤٥٠٠ كما هو .

وإن ذكر في قائمة القيد خطأ مبلغ أقل من ٤٥٠٠ ، فإن ذكر مثلاً مبلغ ٤٠٠٠ ، كانت العبرة بما ذكر في قائمة القيد . واعتبر مقدار الدين بالنسبة إلى الغير هو ٤٠٠٠ فقط .

وإن ذكر في قائمة القيد مبلغ أكثر من ٤٥٠٠ ، بأن ذكر مثلاً مبلغ ٤٨٠٠ ، كانت العبرة هنا ، لا بما ذكر في قائمة القيد لأن المذكور في هذه القائمة أكثر من المستحق ولا يجوز أن يلزم المدين بأكثر مما هو مستحق عليه ، بل تكون العبرة بمقدار الدين الحقيقي المستحق على المدين ، أي بمبلغ ٤٥٠٠ لا أكثر (١) .

٢٠٣ — جزاء تختلف بعض البيانات الأخرى أو الخطأ فيها : نستعرض أولاً الحالة في فرنسا . فقد كان لها تأثير كبير في مصر .

(١) ويقال في هذا الصدد : « والمشرع بتقرير الحكم المتقدم أراد حماية الغير من ناحية ، وذلك بالأخذ بقدر الدين الوارد في قائمة القيد . ولكنه من ناحية أخرى ، حرص على عدم تحميل المقار بما يجاوز حقيقة الالتزام ، وعلى هذا النحو اعتد بهذه الحقيقة حتى ولو جاء ما يخالفها في قائمة القيد (شمس الدين الركييل فقرة ٦٢ ص ١٩٥) .

قبل أول مارس سنة ١٩١٨ لم يكن هناك تشريع ينظم هذه الحالة ، فكان القضاء الفرنسي يفرق بين البيانات الجوهرية (mentions substantielles) ، والبيانات الثانوية (menitons accessoires) ، فيجعل بطلان القيد جزاء الخطأ في البيانات الجوهرية أو تخلفها ، ولا يرتب البطلان على التخلف أو الخطأ في البيانات الثانوية . ثم صدر قانون أول مارس سنة ١٩١٨ ، فعدل عن التقسيم إلى بيانات جوهرية وبيانات ثانوية . وجعل إغفال أى بيان أو الخطأ فيه يترتب عليه بطلان القيد بشرط أن ينتج عن ذلك ضرر للغير ، ولا يطلب البطلان إلا من أصابه الضرر ، وللمحاكم أن تبطل القيد أو تنقص من أثره تبعاً لماهية الضرر وجسامته . ولا يزال هذا القانون معمولاً به في فرنسا إلى اليوم .

أما في مصر ، فلم يكن هناك تشريع كذلك ينظم هذا الأمر ، وكان التقنين المدني السابق خلواً من أى نص على ذلك . وترك الأمر للقضاء . فسار القضاء المصري على ما سار عليه القضاء الفرنسي قبل أول مارس سنة ١٩١٨ ، وميز في البيانات بين ما هو جوهري ، وما هو ثانوي . وتعتبر البيانات جوهرية إذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها يهدر هذا المبدأ . فإن تخلف بيان من هذه البيانات الجوهرية أو حصل خطأ فيه ، فإن التخلف أو الخطأ يترتب عليه بطلان القيد . مثل ذلك أن تخلو قائمة القيد من ذكر اسم الراهن ، أو تعيين مقدار الدين المضمون أو تحديد العقار المرهون ، فإن هذه البيانات جوهرية ويقتضيها مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها أو الخطأ فيها يجعل القيد باطلاً^(١) . وتكون البيانات ثانوية

(١) استضاف مخطط ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧ - وقد اعتبر من البيانات الجوهرية تعيين المدين بكيفية واضحة ، وتعيين العقار المرهون ، وبيان تاريخ القيد ونوعه ، وبيان مقدار الدين وتاريخ حلوله (استضاف مخطط ٢٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٢٨ - ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٧ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٣ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧) .

إذا لم يتنزه مبدأ تخصيص الرهن . وإنما استلزمها المشرع لاعتبارات إدارية تتعلق بتنظيم أحكام الشهر وتيسير إجراءاته . مثل ذلك ما يتصل بذكر رقم العقار المرهون إذا كان منزلاً ، أو ما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن المرتهن ما دام إعلانه ميسوراً في محل إقامته أو في قلم كتاب المحكمة . فهذه البيانات ثانوية ، لا يستوجب إغفالها أو الخطأ فيها حتماً إبطال القيد . وقد اصطدمت هذه القاعدة بصعاب كثيرة ، فلم يكن هيناً على القضاء من غير نص تشريعي أن يضع حداً فاصلاً بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية^(١) . فكان المرجع الأخير لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على قاضي الموضوع . وأثر التساؤل أيضاً فيما إذا كان القاضي يجب عليه أن يحكم بإبطال القيد ، حتى لو لم يترتب على إغفال البيان أو الخطأ فيه الإضرار بمصالح الغير^(٢) . فأراد المشرع المصري حسم هذا الأمر ، فوضع في قانون الشهر العقاري نصاً خاصاً يبين الجزاء المترتب على إغفال بعض بيانات القيد أو الخطأ فيها . فنص في المادة ٤١ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي :

« لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة ٣٠ بإعلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب الإعلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها ، وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه » . وهكذا حلت المادة ٤١ من قانون الشهر العقاري محل قانون أول مارس سنة ١٩١٨ الفرنسي^(٣) . فلا تقضى المحكمة ، لإغفال بيان أو الخطأ فيه ، بإعلان القيد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك

(١) انظر بلالول وريوير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥١ .

(٢) استئناف مختلف ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٣ .

(٣) وقد استلهم المشرع الفرنسي قانون أول مارس سنة ١٩١٨ من القانون البلجيكي

الصادر بهذا المعنى في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (شس الدين التوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٢

هامش ٤) .

بالبطلان من لحقه ضرر من إغفال البيان أو الخطأ فيه . وعليه يقع إثبات الضرر . وللقاضي أن يزن الجزاء الذي يحكم به ، فيحدده في نطاق الضرر ومداه^(١) . ويستند في ذلك إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، وتحقق أركان المسؤولية هنا بنسبة الخطأ إلى الدائن وهو مفترض من إغفال البيان أو الخطأ فيه ، وبوقوع الضرر ويقع على المضرور عبء إثباته ، وبتوافر صلة السببية بين الخطأ والضرر . ويتفاوت التعويض بحسب الأحوال ، فتارة يكون بعدم سريان القيد في مواجهة من أصابه الضرر ، وتارة بإهدار أثر القيد بالقدر اللازم لرفع الضرر ، كأن يرد في قائمة القيد مبلغ يجاوز حقيقة الدين فلا يكون القيد سارياً إلا في حدود المقدار الحقيقي للدين . فالتصوير الجديد للجزاء يختلف عن تصوير الجزاء الذي كان يطبقه القضاء الفرنسي والمصري عند ما كانا يفرقان بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية ، ففي هذه التفرقة القديمة كان الأمر يتعلق بحسم مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . أما الآن فالجزاء هو مجرد تعويض يحكم به القاضي لمن يثبت أنه أصيب بضرر ، فتارة يكون هذا الجزاء عدم نفاذ القيد ، وتارة يكون إهدار أثر القيد في حدود الضرر ومداه ، والقضاء به مسألة موضوعية وليست مسألة قانونية^(٢) .

(١) فالوصف القانوني للجزاء يقترب من عدم النفاذ أو عدم السريان . ذلك أن القاضي لا يبطل القيد ، وإنما يحكم بجزاء أصالح من أصابه ضرر . وقد لا يقضى ببطلان القيد ، بل يحكم بتعويض الضرر ، فيقنع بالجزاء اللازم لرفع الضرر (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣) .

(٢) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣ - ص ١٩٤ - ٥ ويصاب على هذا التصوير الجديد ، كما يقول فتهاء فرنسيون ومصريون (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٤٧٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٤) ، أنه لم يعتد بالحرص على وضع تنظيم آمر يكفل سلامة أحكام الشر ويضمن صدق المعلومات التي بمكاتب الشهر العقاري ، وحتى المراجع الاسمي للدلالة على حالة الائتمان العقاري في الدولة بصفة عامة . بل وقد ينرى بعدم نحرى الدقة في ذكر البيانات القانونية في قائمة القيد =

٢٠٤ - الحوادث التي تقف إجماء القيد أو تمنع نفاذه : وليس هناك

ميعاد حدده القانون لإجراء القيد . فتي انعقد الرهن صحيحاً جاز قيده في أى وقت بعد ذلك . غير أن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجراء القيد بعد انعقاد الرهن صحيحاً . لأن التأخير في إجراء القيد يعرضه لخطر أن يسبقه غيره إلى إجراء القيد فيتقدم عليه . نفرض مثلاً أنه يوجد بعد الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر متأخر في تاريخ رهنه عن الدائن المرتهن الأول ، فإذا تأخر هذا الدائن المرتهن الأول عن إجراء قيد رهنه ، جاز أن يبادر الدائن المرتهن المتأخر إلى إجراء قيد رهنه أولاً فيجعله قيده في مرتبة متقدمة ويسبق الدائن المرتهن الأول ويتقاضى حقه قبله من العقار المرهون . ويجوز أيضاً أن يكون هناك مشترى العقار بعد الرهن ، ويبادر هذا المشتري إلى تسجيل عقد شرائه قبل قيد الرهن ، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتبع العقار في يد المشتري ، ويضيع عليه حق رهنه .

لذلك يجب على الدائن المرتهن ، بمجرد انعقاد رهنه صحيحاً ، أن يبادر إلى قيد رهنه ، حتى لا يتعرض لهذه المفاجآت . وإلى جانب ذلك ، فهناك حوادث معينة إذا وقعت قبل قيد الرهن ، ولو انعقد الرهن صحيحاً قبل وقوعها ، منعت من القيد أو جعلته غير نافذ المفعول بالنسبة إلى دائنين ،

ما دام الجزء المترتب عليها لن يتحرك إلا إذا تمسك الغير به وأثبت ما أصابه من أضرار ، ولا يخلو هذا الإثبات من الصعوبة في بعض الأحيان . الأمر الذي قد يفضي إلى الإبقاء على ذوائم قيد غير مستوفية للشروط القانونية ، مادام أحد لم يطالب القضاء بعدم صريحتها في مواجهته . ولعله كان من الأفضل الاستمانة بالمعيار القضائي القديم ، وإخضاعه لتنظيم تشريعي يزبل عنه القلق الذي أصابه في التطبيق ، وذلك بوضع نص عام يحدد البيانات الجوهرية التي تنصل بمبدأ تخصيص الرهن وتحثيق هدف الشهر ، ويقرر بطلان القيد بحكم القانون إذا ما تخلف بيان منها أو ذكر على سبيل الخطأ . أما البيانات الثانوية التي تنصل بالتنظيم الإداري لإجراءات الشهر ، فلا يطل القيد بسبب نقصها ، إلا إذا أثبت الغير ضرراً لحقه من ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية .

فيهم إذن الدائن المرتهن أن يبادر إلى قيد رهنه قبل وقوع هذه الحوادث .
ونعرض هنا لهذه الحوادث التي تعطل من مفعول القيد ، وتجعله غير
كامل الأثر . هناك حادثان لا شك في أنهما إذا وقعا قبل قيد الرهن ،
يكون لهما هذا الأثر : (١) شهر إفلاس الراهن . وقد أشارت إليه الفقرة
الأولى من المادة ١٠٥٣ مدني عند ما قالت « وذلك دون إخلال بالأحكام
المقررة في الإفلاس » . (٢) تسجيل دائن حاجر على العقار المرهون التنبيه
بنزع الملكية .

وهناك حادثان آخران مختلف في أن يكون لهما هذا الأثر . فقد أريد
جعل الإعسار في منزلة الإفلاس . وأريد أيضاً منع القيد بعد موت الراهن .
وسنرى عند إيراد التفاصيل أن الإعسار لا يكون في منزلة الإفلاس ، وأن
موت الراهن بعد انعقاد الرهن صحيحاً لا يمنع من قيده قيداً صحيحاً بعد
موت الراهن (١) .

ويلاحظ ، قبل التعرض للتفاصيل ، أن القيود التي يقف إجراؤها
أو يمنع نفاذها بعد وقوع حوادث معينة هي القيود الجديدة التي يترتب
عليها شهر حق لم يكن قد سبق شهره . وعلى ذلك لا يقف قيد التجديد
ولا قيد الفوائد ، حتى لو وقعت هذه الحوادث قبل القيد . أما قيد التجديد

(١) وغنى عن البيان أن إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر ، وسجل
هذا الشخص التصرف الصادر له ، فإن هذا التسجيل يمنع قيد الرهن إذا لم يكن قيد . وقد نص
صراحة على هذا المنع المادة ٦ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسي والمعدل بمرسوم بقانون
صادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ . وإذا تم قيد الرهن وتسجيل التصرف الناقل للملكية في
يوم واحد ، نفذ المتقدم منهما في الترتيب . ولم يكن ذلك سهلاً عندما كان هناك سجلان ،
واحد للتسجيل والآخر للقيد . ولكن قانون الشهر العقاري قضى بتوحيد السجلين ، إذ نصت
المادة ٣١ منه على أن يهدد بالمكتب دفتر الشهر ، تثبت فيه المحررات (التسجيل) وقوائم
القيد (القيد) على حسب الأحوال بأرقام متتابعة ، وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها . (انظر
في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٠٠) .

فيجوز إجراؤه حتى بعد وقوع الحوادث المعينة ، وذلك لأن التجديد لا يشترط حقاً جديداً . بل يقتصر أثره على أن يحفظ للحق السابق قيده مرتبته التي كسبها بالقيود الأول بشرط حصول التجديد قبل سقوط القيد الأول^(١) . وأما قيد الفوائد التي تستحق بعد وقوع الحادث الذي يقف القيد ، فإنه لا يمنع إلا في حالة تسجيل تصرف الراهن في العقار المرهون ، لأن انتقال ملكية العقار إلى المتصرف إليه يمنع تحميله بديون نشأت في ذمة الراهن ما دام لم يكن محملاً بها وقت انتقال الملكية^(٢) .

أما في حالة إفلاس الراهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار المرهون ، فيجوز قيد الفوائد لأن العقار يكون باقياً على ملك الراهن ، ولأن هذين الحادثين لا يمنعان سريان الفوائد لمصلحة الدائنين ، ولأن الفوائد يكون منصوصاً عليها في القيد الأصلي فيكون قيدها تحديداً لاستحقاقها لا قيداً جديداً ، ولأن الدائن لا يمكن أن ينسب إليه الإهمال في عدم قيد الفوائد قبل ذلك لأنها لم تكن مستحقة^(٣) .

وبعد ذلك نعرض بالتفصيل للحوادث الأربعة التي سبق إيرادها وهي الإفلاس ، وتسجيل تنبيه نزع الملكية ، والإعسار ، وموت الراهن .

٢٠٥ - الإفلاس : هنا نعرض لحالة ما إذا صدر حكم بشهر إفلاس الراهن . فقد نصت المادة ٢٣١ تجاري على ما يأتي : « حقوق الامتياز والرهن العقاري المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانوناً يجوز تسجيلها (قيدها) إلى يوم صدور الحكم بشهر إفلاسه . ومع ذلك يجوز الحكم بإطلاق ما يحصل من التسجيلات (القيود) بعد وقت وقوفه عن دفع ديونه أو في

(١) المنشية ٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٢٨ ص ٢٨٨ (وقد قرر الحكم أنه إذا بيع العقار ، وسجل عقد البيع في مدة ما بين قيد الرهن وتجديده ، وكان التجديد لم يحصل إلا بعد انقضاء عشر سنوات من القيد الأول ، لم يحتج بقيد الرهن على المشتري) .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٠٥ .

(٣) بلائيول ٢ فقرة ٣٧٧٧ - سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٧١ .

الأيام العشرة التي قبل هذا الوقت . إذا مضت أزيد من خمسة عشر يوماً بين تاريخ عقد الرهن العقاري أو الامتيازى وتاريخ التسجيل (القيد) . ويزاد على المدة المذكورة الميعاد المحدد في القانون لمسافة الطريق بين الجهة التي اكتسب فيها هذا الحق والجهة التي حصل فيها التسجيل (القيد) .
ويؤخذ من هذا النص :

(أولاً) أنه لا يجوز قيد الرهن الرسمي بعد صدور الحكم بشهر إفلاس الراهن . فلو أن شخصاً رهن عقاراً مملوكاً له ، ولم يقيد الدائن المرتهن حقه وبقى كذلك إلى أن صدر حكم بشهر إفلاس الراهن . لم يبق بعد صدور هذا الحكم من المحكمة أن يقيد الدائن المرتهن رهنه . فقد أراد القانون أن يساوى بين دائني المفلس ، ليدفع الغش الذي قد يرمى إليه المفلس من تمييز أحد دائنيه على الآخرين . فلا يجوز بعد الحكم بشهر إفلاس المفلس ، أن يحصل أى دائن من دائنيه على مزية لم يكن حاصلها عليها من قبل . حتى لو كان هذا الدائن دائناً مرتهاً لم يقيد رهنه قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس . وإذا حصل القيد بعد الحكم بشهر الإفلاس ، فإنه يكون باطلاً ، أى غير نافذ في حق مجموعة الدائنين . ويمكن أن ينتج القيد أثره في حق غيرهم من الدائنين ، متى تم الصلح . فلو فرض أن الراهن المفلس استجد له دائنون آخرون بعد الحكم بشهر إفلاسه ، وتم الصلح في التفليسة ، فإن الدائن المرتهن الذي قيد رهنه بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس ، يصبح قيده نافذاً في حق هؤلاء الدائنين لأنهم استجدوا بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس ، حتى لو كان الدائن المرتهن قد علم باضطراب شؤون الراهن (١) .

(ثانياً) إذا كان قيد الرهن قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس ، ولكن تم في فترة الرية ، أى في المدة التي تسبق الحكم بشهر الإعسار من عشرة

(١) استئناف مخطوط : جابر سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨١ - سليمان مرقص فقرة ١٠٢

أيام سابقة على وقت وقوف الراهن عن الدفع إلى ما قبل الحكم بشهر الإفلاس . يجوز للمحكمة الحكم بإعلان القيد . إذا مضت مدة أزيد من ١٥ يوماً (مع ميعاد المسافة) بين تاريخ عقد الرهن الرسمي والقيد . وهنا لا يتحتم على المحكمة أن تحكم بإعلان القيد . بل يكون لها ذلك كما أن لها ألا تحكم بالإعلان^(١) . وقد خشي المشرع هنا من أن يحصل تواطؤ بين المفلس والدائن المرتهن . فيبقى الدائن المرتهن دون شهر حتى إذا ما توقف المفلس عن الدفع بادر الدائن المرتهن إلى القيد . فإذا استخلصت المحكمة ذلك من وقائع الدعوى قضت بإبطال القيد . وإلا حكمت بنفاذه .

(ثالثاً) إذا كان قيد الرهن في فترة الريه . ولم يكن قد مضى على تاريخ عقد الرهن إلى تاريخ القيد أزيد من ١٥ يوماً ، فهنا ترجح فكرة التواطؤ . وعلى القاضي أن يحكم بإعلان القيد .

(رابعاً) إذا صدر عقد الرهن نفسه في فترة الريه ولسداد ديون قبل هذه الفترة ، فانه يكون باطلاً طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تجارى . وما دام الرهن نفسه باطلاً ، فإنه لا يكون لقبه أى أثر . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تجارى على ما يأتي : « ويكون أيضاً لاغياً (باطلاً) ولا يعتد به كل رهن عقار من عقارات المدين أو منقول من منقولاته . وكل ما يتحصل عليه المدين من الاختصاص بأموال مدينه لوفاء دينه . إذا حصل ذلك في المواعيد المذكورة آنفاً (فترة الريه) لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد » .

(خامساً) إذا كان قيد الرهن قد حصل قبل فترة الريه ، فإنه يكون صحيحاً . ذلك أن الرهن ذاته يكون قد عقد قبل فترة الريه . وكذلك القيد ، فيكون كل منهما صحيحاً ويعتد به .

ويلاحظ أن الراهن ، إذا عقد عقوداً بمقابل بعد وقوفه عن دفع

(١) بيان وفواراد فقرة ٢٤٤ .

ديونه وقبل الحكم عليه . بشهر إفلاسه ، يجوز الحكم بطلانها إذا ثبت أن المعقود معه تلك العقود كان عالماً باختلال أحوال الراهن . وقد نصت المادة ٢٢٨ تجارى فى هذا المعنى على ما يأتى : « وكل ما أجراه المدين غير ما تقدم ذكره من وفاء ديون حل أجلها . أو عقد عقود بمقابل ، بعد وقوفه عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم عليه بإشهار إفلاسه . يجوز الحكم بطلانه ، إذا ثبت أن الذى حصل على وفاء دينه أو عقد معه ذلك العقد كان عالماً باختلال أشغال المدين المذكور . وفى كل الأحوال يجب أن يحكم بطلان العقود . إذا كان القصد منها إخفاء هبة أو حصول منفعة زائدة عن المقدار لمن عقد مع المفلس المذكور » (١) .

٢٠٦ - تسجيل تنبيه نزع الملكية : والمقصود أن الراهن . سواء كان هو المدين أو كان كفيلًا عينياً . له دائن آخر غير الدائن المرتهن . ولو كان هذا الدائن دائناً عادياً . وقبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، تقدم هذا الدائن الآخر للتنفيذ بحقه على العقار المرهون ، ولو أنه دائن عادى . ووصل هذا الدائن فى التنفيذ إلى حد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فعند ذلك لا يستطيع الدائن المرتهن الذى لم يقيد حقه أن يقيده ، وإلا كان القيد باطلاً .

وتاريخ ذلك أن تقنين المرافعات الأسبق كان ينص فى المادة ٦٠٨ على منع المدين من التصرف فى عقاره المرهون من وقت أن يسجل دائن ما . ولو كان دائناً عادياً . التنبيه بنزع ملكية هذا العقار . وكان يفهم من ذلك أن تصرف المدين فى عقاره يكون صحيحاً قبل تسجيل تنبيه الملكية ، ولو لم يسجل هذا التصرف أو يقيد . فإذا صدر رهن من المدين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هذا الرهن يكون صحيحاً ولو لم يقيد قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وكان يمكن قيده بعد ذلك فيكون سارياً فى حق الدائن نزع الملكية . وكان معنى ذلك أن تسجيل تنبيه نزع الملكية كان لا يقف

(١) استئناف مغلط ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٥٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤٨

قيد الرهن المعقود قبله ، وكان الرهن إذا قيد بعد تسجيل التنبيه ينفذ في حق الدائن نازع الملكية نفسه .

ثم أتى تقنين المرافعات السابق ، فنص في المادة ٦١٦ على ألا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار . ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم ولا الراسي عليه المزاد . إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد سجل أو قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهذا النص يجعل الرهن الذي تم قيده بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية غير نافذ ولو كان ثابت التاريخ قبل هذا التسجيل . فإذا تراخى الدائن المرتهن في قيد رهنه ، وبقي متراحياً إلى أن أتى دائن آخر . ولو كان دائناً عادياً . ونفذ على العقار المرهون بأن نهب بنزع ملكيته وسجل التنبيه بنزع الملكية . فإن الدائن المرتهن الذي لم يقيد رهنه إلى ذلك الوقت لا يستطيع أن يقيد حقه . وإذا قيد كان القيد غير نافذ في حق الدائنين والغير الذين ذكرتهم المادة ٦١٦ مرافعات^(١) ، وإنما ينفذ في حق غيرهم^(٢) .

ثم أتى أخيراً تقنين المرافعات الحالي . فنص في المادة ٤١٥ على ما يأتي : لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين . ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه . إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص

(١) أسيوط الابتدائية ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٩ ص ٥٢١ -

بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٧٧٣ .

(٢) عد الفتاح عد الباقي فقرة ٢٤٧ - سليمان مرقس فقرة ١٠١ ص ١٦٤ - وقارن

شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ .

أو التامير قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويتهم من هذا النص المعمول به الآن أن الدائن المرتين إذا قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، لم ينفذ قيده في حق الدائن الحاجز ودائنين آخرين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مراعات فيما رأينا .

ومعنى ذلك أنه لا شك هنا أيضاً أن الدائن المرتين لا يستطيع أن يقيد رهنه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وأنه إذا قيد الرهن متأخراً إلى ذلك الوقت ، لم ينفذ القيد في حق دائنين معينين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مراعات .

٢٠٧ - الإعسار : ولم يكن التقنين المدني السابق ينظم إعسار غير التاجر . فلم يكن ممكناً قياس الإعسار على الإفلاس . لأن النصوص الواردة في الإفلاس نصوص استثنائية لا يجوز تطبيقها في غير الإفلاس . واستخلص من ذلك أن إعسار المدين غير التاجر ليس كإفلاس المدين التاجر ، ويبنى على ذلك أن شهر إعسار المدين غير التاجر لم يكن يمنع من قيد الرهن ضده حتى بعد الحكم بشهر الإعسار^(١) .

ولما صدر التقنين المدني الجديد ، كان الإعسار منظماً فيه تنظيمياً وافياً ، فحصل ذلك كثيراً من الفقهاء على القول بأنه متى شهر إعسار الشخص ، فإنه يتمتع قيد الرهن ضده^(٢) .

(١) محمد كامل مرمى فقرة ٩١ - سليمان مرقس فقرة ١٠٢ .

(٢) محمد كامل مرمى فقرة ٩١ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ -

محمد علي إمام فقرة ١٩٦ - سليمان مرقس فقرة ١٠٢ - ويقول الأستاذ سليمان مرقس في هذا التسدد . « أما التقنين المدني الجديد ، فقد نظم الإعسار بما يكفل المساواة فعلا بين الدائنين . فنص في المادة ٢٥٧ منه أنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينتقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين . ونص في المادة ٢٥٦ فقرة ثانية على أنه لا يجوز أن يتمتع على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي احتياز يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . ويؤخذ من هذه النص أن كل تصرف يصدر من المدين بعد =

ولكن كثيراً من الفقهاء المصريين يرون غير ذلك . ويذهبون إلى أن شهر الإعسار أو تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يمنع من قيد الرهن المعقود قبل ذلك^(١) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا الصدد : « ففياً يتفق بحالة إعسار الراهن بلاحظ أولاً أنه إذا عقد الرهن نفسه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فلا يسرى في حق الدائنين وفقاً لنص المادة ٢٥٧ . أما الخلاف فقد ثار في الفقه بشأن أثر التقييد الذي يتم بعد تسجيل صحيفة الدعوى . إذا كان الرهن قد انعقد قبل ذلك ، بالنسبة للدائنين السابقة حقوقهم على هذا التسجيل ، ففي رأى أن مثل هذا الرهن لا ينفذ في حق هؤلاء الدائنين قياساً على عدم نفاذ حق الاختصاص الذي قرره المادة ٢/٢٥٦ بقولها على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . إذ أن الرهن لا يختلف . وفقاً لهذا الرأى ، عن حق الاختصاص في هذا الصدد . وفي رأى آخر . وهو الذى نفضله ، أن الرهن الذى ينعقد قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويقيّد بعده ينفذ في حق الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة الدعوى . وأن القياس على المادة ٢/٢٥٦ غير سليم . فعلة عدم نفاذ حق الاختصاص الذى يتقرر

= تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويكون من شأنه تسوية حالة المدين ، وكل اختصاص يؤخذ على عقارات المدين ، بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لا يكون نافذ في حق دائنيه الذين كانت لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولأن الرهن لا يختلف عن الاختصاص ، يمكن القول إن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ في حق الدائنين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل » (سليمان مرقس فقرة ١٠٣ ص ١٦٧) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ - جمال الدين زكى ص ٢٧٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٦٨ ص ٢٢٠ - ص ٢٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٩ ص ١٤١ - أحمد سلامة فقرة ٨٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٧٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٩ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ .

على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى إعساره لا تتوفر بالنسبة للرهن الرسمى الذى انعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ويقيد بعده . فقد أراد المشرع بتقرير عدم نفاذ حق الاختصاص بتحقيق المساواة بين دائئى المعسر . ذلك أن الدائئين يبادرون عادة . بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التى لم ينقطع حقهم فيها لكى يتقدموا على غيرهم . فحتى تتحقق المساواة بين الدائئين قضى القانون ألا يحتج على الدائئين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقاراته بعد هذا التسجيل . أما بالنسبة للرهن الذى انعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، أى فى الوقت الذى كان المدين فيه حراً فى نشاطه القانونى . فلا يوجد ما يستدعى عدم نفاذه فى حق الدائئين إذا ما قيد بعد التسجيل . لأن القيد لا يعتبر تصرفاً من المدين حتى يقال بعدم نفاذه (١) .

وحسبنا هذا القول الأخير ، ونكتفى به فى الرد على الفقهاء الذين يقولون إن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يمنع القيد . ومن رأينا أن الإعسار غير الإفلاس وأنه لم يرد نص يمنع القيد . وهو ليس بتصرف بل هو إجراء تحفظى محض . بعد شهر صحيفة الإعسار أو بعد الحكم بالإعسار . وإذا أريد التشبيه بالاختصاص . فإن أخذ حق الاختصاص لا يعدل القيد . فأخذ حق الاختصاص هو بمثابة أخذ حق الرهن . وقيد الاختصاص هو الذى يعدل قيد الرهن . وقد فرضنا فيما تقدم أن الرهن ذاته مأخوذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار وأن القيد وحده هو الذى تم بعد ذلك . فلا معنى لهذا التشبيه ولا يكون صحيحاً إلا إذا كان حق الاختصاص قد أخذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار والقيد وحده الحق الاختصاص الذى تم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولما تكاد حق الاختصاص

(١) منصور مصطفى منصور : فقرة ٩٩ ص ١٠١ - ص ١٠٩ .

في العادة يؤخذ ويقيد في وقت واحد ، فالمفروض أن حق الاختصاص قد أخذ بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

من ذلك يكون تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . بل والحكم نفسه بشهر الإعسار . لا أثر له في قيد الرهن . ويكون الرهن متى انعقد صحيحاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار من الجائز قيده بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى .

٢٠٨ - موت الراهن : والمفروض هنا أن الدائن المرتهن قد كسب

حق الرهن في حياة الراهن ولم يقيده . ومات الراهن . فكثير من الفقهاء المصريين يذهبون إلى أن موت الراهن يمنع من قيد الرهن^(١) . غير أن كثيراً من الفقهاء المصريين لا يرون موت الراهن سبباً لمنع القيد . وأنه يجوز

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٩١ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٥ - محمد علي إمام فقرة ١٩٦ - جمال الدين زكي ص ٢٨٠ - سليمان مرقس فقرة ١٠٤ ص ١٦٨ . ويقول الأستاذ سليمان مرقس في هذا الصدد : « أما الرهن الذي لم يتم قيده قبل وفاة الراهن ، فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين . . . ومن المبادئ المقررة أن دائني المتوفى العاديين يتسارون جميعاً ولا يمتاز أحدهم على الآخرين بسبب لاحق للوفاة ، فإذا قيد الرهن بعد الوفاة فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين ولا يخول صاحبه حق التقدم عليهم . غير أنه مع ذلك كان لإجراء القيد بعد وفاة الراهن فائدة في إحاطة الغير الذين يريدون التعامل مع الوارث علماً بمدىونية المورث . . . أي أن القيد كان يفيد في جعل الغير سعيه البتة ، فيمنعه من التمسك مثلاً بالتقدم الحسبي . لذلك كان يمكن في ظل القانون القديم قبول إجراء القيد بعد وفاة الراهن ، وإن كان هذا القيد لا يحمل الرهن نافذاً في حق دائنيه الآخرين . غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري قد نظم طريقة إحاطة الغير علماً بديون المتوفى ، إذ أوجب في المادتين ١٣ و ١٤ منه على الورثة تسجيل حق الإرث ، وعلى دائني المتوفى العاديين التأشير بديونهم في هامش ذلك التسجيل . وكذلك وضع التقنين المدني الجديد نظاماً اختيارياً لتصفية التركات يؤدي إلى سداد ديون المتوفى قبل إعطاء الورثة شهادة للتوريث التي يبين فيها ما آل إلى كل منهم من أموال المورث ، ويحقق بذلك المساواة الشاملة بين دائني المورث لعاديين . فالمعتمد بهذا التنظيم الجديد كل فائدة لقيد الرهن بعد موت الراهن ، وأصبح يتعين القول بوقف القيد من وقت وفاة الراهن » (سليمان مرقس فقرة ١٠٤) .

قيد الرهن الذي انعقد صحيحاً في حياة الراهن حتى بعد وفاته^(١) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا الصدد : « كما نثار الخلاف أيضاً حول أثر قيد الرهن إذا تم بعد وفاة الراهن : ففي رأى أنه لا ينفذ في حق الدائنين الآخرين للمتوفى ، فيكون الدائن المرتهن الذي لم يقيد رهنه قبل وفاة المورث في مركز الدائن العادي ، إذ لا يجوز أن يتميز دائن على غيره من الدائنين بسبب لاحق للوفاة . وفي رأى آخر ، وهو ما نفضله ، أن القيد لا يعدو أن يكون إجراء لشهر الرهن ، وما دام هذا الرهن قد نشأ صحيحاً فلا تحول الوفاة دون إجراءاته ، فإذا تم نفذ الرهن في حق الدائنين^(٢) . ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل انتقاداً للرأى الأول : « ويؤخذ على هذا الرأى أنه ينكر الأثر القانوني العام الذي يترتب على عقد الرهن . إذ يتقرر للدائن بمقتضاه حق عيني على العقار . ولا ينقص هذا الحق حتى يسرى في مواجهة الغير إلا أن يتم قيده . والأصل أن الراهن يلتزم بتسيير إجراء هذا القيد . فإن امتنع عن ذلك ، جاز للدائن أن يباشر بنفسه إن أمكن ذلك ، وأن يستعين بالتضامن في الأحوال التي يلتزم فيها تدخل الراهن . هذا الالتزام ينتقل بأكمله إلى ورثة الراهن بعد وفاته . ومن ثم يستمر حق الدائن المرتهن قائماً على العقار . ويحق له أن يطالب بقيده . فإذا تم ذلك ، وجب القول بسريان هذا القيد في مواجهة جميع دائني المورث^(٣) .

ونكتني بما تقدم ، ونقول إن موت الراهن لا يؤثر في هذا الإجراء التحفظي الذي هو القيد ، ولم يرد نص في القانون يجعل وفاة الراهن سبباً لحرمان الدائن المرتهن من قيد رهنه .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٠ - أحمد سلامة فقرة ٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ - ١٠٩ - ص ١١٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٩ - ص ١١٠ .

(٣) شمس الدين الوكيل فقرة ٦٧ ص ٢٢٣ .

وعلى ذلك لا يكون إعسار الراهن ولا موته سبباً في منع القيد ، بل يجوز الرهن حتى بعد تسجيل صحيفة دعوى إعسار الراهن ، وحتى بعد وفاة الراهن .

ولا يمنع من إقيد الرهن إلا إحدى الحادتين الاثنتين لورود نص صريح يمنع القيد : إفلاس الراهن . وتسجيل تنبيه نزع الملكية الصادر من دائن عاجز .

٢٠٩ - ما يفرضه الفهر الأصيل من المصروفات : الأصل أن قيد

الرهن يضمن . دون حاجة لذكر ذلك ، أصل الدين المضمون بالرهن . ومصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد ومصروفات التجديد ، وكذلك الفوائد وسيأتى ذكرها فيما يلى . وبأخذ ضمان أصل الدين وضمان المصروفات (مصروفات العقد والقيد والتجديد) المرتبة الأصلية للرهن ، دون حاجة لذكر ذلك أيضاً .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٨ مدنى . فى هذا المعنى ، ما يأتى : « يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقبض والتجديد إدخالاً ضمنياً فى التوزيع ، وفى مرتبة الرهن نفسها » (١) .

وعلى ذلك تكون مصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد والتجديد مضمونة بالرهن فى مرتبة الأصلية ، دون حاجة لذكر ذلك فى قائمة القيد (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٩ / ١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع وفى نفس مرتبة الرهن ، مصروفات العقد والقيد والتجديد » . وفى لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظى فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم ١١٥٨ / ١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ / ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ / ١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ - ص ٩٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) استثنائى مخطط ١٧ يونيو ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

وذلك لتفاهة هذه المصروفات بالنسبة إلى أصل الدين المضمون . ولا يدخل في المصروفات المضمونة بالقييد الأصلي مصروفات محو القيد ولا مصروفات إلغاء المحو ، فهذه سيأتي ذكرها فيما يلي . ولكن يدخل التعويض عن أصل الدين المضمون ، فإنه قد حل محل الدين المضمون ذاته ، فيأخذ حكمه . أما سائر الملحقات ، غير مصروفات العقد والقييد والتجديد ، فلا تكون مضمونة بالرهن دون ذكر خاص . فمثلاً لا يكون مضموناً بالرهن دون ذكر خاص الشرط الجزائي المشروط في العقد ، أو التعويض المشروط دفعه في حالة الوفاء قبل الميعاد ، فلا بد لضمان ذلك بالرهن من النص عليها صراحة في القيد^(١) .

والملاحقات التي لا بد من النص عليها صراحة حتى تكون مضمونة بالرهن ، إذا لم ينص عليها ، جاز إجراء قيد خاص بها ، ويأخذ هذا القيد مرتبته من تاريخ إجرائه^(٢) .

ويبقى بعد ذلك الفوائد ، فهذه قد يضمن بعضها القيد الأصلي للرهن دون ذكر خاص .

٢١٠ - ما يضمنه القيد الأصلي من الفوائد : نصت المادة ١٠٥٨/٢

مدني على ما يأتي :

« وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى

(١) استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ - سليمان مرقس

فقرة ١٠٦ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٠ - سليمان مرقس

فقرة ١٠٦ .

قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل « (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . (٢) حالة ما إذا ذكر هذا السعر . وقد لا يذكر سعر الفائدة ، ولكن تذكر الفوائد المستحقة نفسها أى مقدارها ، فتكون مضمونة بالرهن وفى نفس مرتبته لأنها مذكورة في العقد (٢) .

(الحالة الأولى) إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . عند ذلك لا يضمن القيد الأصل شيئاً من الفوائد ، بل يفرض أن الدين الأصلي لا فوائد له . وعلى ذلك إذا كان للدين فوائد ، سواء كانت مستحقة وقت القيد ، أو استحققت بعد ذلك إلى يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو استحققت من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ، أو إلى يوم التوزيع ، فإن القيد لا يضمن شيئاً من ذلك . بل يجب ذكر هذه الفوائد في العقد ، أو إجراء قيد خاص بها ويأخذ مرتبته من تاريخ إجرائه .

(الحالة الثانية) إذا ذكر سعر الفائدة في العقد . فذكر سعر الفائدة دليل على أن الدين ينتج فوائد . وعلى ذلك يضمن القيد الأصلي . دون حاجة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٥٨ / ٢ في مشروع النفاذ . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ / ٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ / ٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ - ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق : م ٥٦٨ / ٦٩٢ : يترتب على تسجيل الرهن أن يكون المرهون تأمينا على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إن كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع فوائده من مقدار المرهون . فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(٢) بيدان وفواران ٢ فقرة ٩٤٦ - محمد كامل مرسى طبعة ١٩٣٨ في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٣٣ - سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٧٢ .

إلى ذكر ذلك ، فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وكذلك الفوائد التي تستحق بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد (١) .

وبلاحظ ما يأتي في هذه الحالة الثانية :

(١) بالنسبة إلى تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا صدر تنبيه نزع الملكية وسجل من أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين . وتقول المادة ٢/١٠٥٨ مدني في آخرها في هذا المعنى : « وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل » . ومعنى ذلك أنه إذا وجد إلى جانب الدائن المرتهن دائنان عاديان ، وتولى أحد هذين الدائنين التنبيه بنزع الملكية وسجل التنبيه ، فإن الدائن المرتهن ينتفع بهذا التنبيه ، وتكون الفوائد المضمونة بالنسبة إليه فوائد سنتين سابقتين على هذا التسجيل لتنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك إلى يوم رسو المزاد ، ولو أن هذا الدائن المرتهن نفسه لم يقم بتنبيه نزع الملكية ولم يسجل هذا التنبيه .

(٢) لم يبين التقنين المدني السابق (٥٦٨) أية سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية يكونان مضمونتين بالقيد الأصلي ، وقد ذهبت كثرة الشراح والمحاكم إلى أن القيد الأصلي يضمن فوائد أية سنتين (٢) . ولكن التقنين المدني الجديد نص في المادة ٢/١٠٥٨ منه على « فوائد السنتين

(١) استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٨ - ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٤ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٨ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤ - ٢٨ ديسمبر ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٩ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠١ .

(٢) دى هلمس فقرة ٨٧ - جرانولان فقرة ٣٨٨ - محمد كامل مرسى طبعة سنة ١٩٢٨ في التأمينات الشخصية والبيزية فقرة ٣٢٣ - استئناف مخطوط ٨ مارس سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٣٣ - ولكن بشرط في ذلك ألا تكون الفوائد قد سقطت بانتقادم الحسى : استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٣٦ .

السابقين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ، فأصبح لا مجال لاختلاف الرأي في أن السنتين هما السنتان السابقتان مباشرة على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما ما عدا هاتين السنتين ، أى السنين السابقة على ذلك ، فلا يضمنها القيد الأصلي ، بل لا بد من إجراء قيد خاص بها ومن تاريخ هذا القيد . وعلى ذلك محتاط الدائن المرتهن ، ولا يجعل الفوائد تراكم أكثر من سنتين ، وإلا ما زاد على السنتين لا يكون مضموناً بالقيد الأصلي . فهو إما أن يتقاضى هذه الفوائد الزائدة على سنتين . وإما أن يجرى بها قيداً خاصاً يأخذ مرتبته من تاريخ هذا القيد .

(٣) يضمن القيد الأصلي الفوائد مهما بلغت ، إذا كان سعرها مذكوراً في القيد ، من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رصو المزارد . وكان التقنين المدني السابق يجعل القيد الأصلي يضمن الفوائد من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى وقت توزيع ثمن العقار المرهون^(١) . ولم يخول التقنين المدني الجديد المقبولين في التوزيع حقاً في فوائد تأخيرية بعد رصو المزارد رافة بالمدين أو الراهن ، فإذا كان الراسى عليه المزارد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، كان للدائنين المقبولين في التوزيع حق في هذه الفوائد على ألا يجاوز ما يتقاضونه من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزارد أو خزانة المحكمة^(٢) .

(٤) ما عدا ذلك من فوائد لا يضمنه القيد الأصلي ، حتى لو ذكر في العقد سعر الفائدة . وإنما يجب في هذه الحالة إجراء قيد خاص بهذه

(١) استئناف مخطوط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ - الإسكندرية الابتدائية

المختلطة ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٠ : إلى أن يصبح التوزيع نهائياً .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١٤ - استئناف مصر

١٤ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٧ ص ٥٨٩ - سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص

١٧٥ هامش ١ .

الفوائد . يأخذ مرتبته من وقت إجراء القيد الخاص . وتقول المادة ١٠٥٨/٢ مدني في هذا المعنى : « دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحققت . والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها » .

٢١١ - القيد المصحح : وقد يقع أن يجري قيد . ويكون غير صحيح أو غير منضبط . عند ذلك لا يقوم هذا القيد بمهمته ، ويجب تصحيحه .

ولتصحيح القيد يجب إجراء قيد جديد ، يكون صحيحاً من أول الأمر .

وبلاحظ أن هذا القيد الجديد المصحح لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى المستقبل ، فلا يكون له أثر رجعي يرجع إلى تاريخ القيد الذي أجرى تصحيحه ، فان هذا القيد القديم الخاطئ أصبح لا يعتد به .

وإذا حوى القيد المصحح الجديد كل البيانات المطلوبة للقيد ، وأصبح قيداً صحيحاً ، فإن قوته تكون مستقلة عن القيد الأول الخاطئ . فيحسب مثلاً ميعاد العشر السنوات التي يجب تجديد القيد قبل انقضائها ، اعتباراً بالقيد المصحح الجديد لا بالقيد القديم . فإذا كان قد مضى على القيد أكثر من عشر سنوات ، ولم يمض على القيد المصحح الجديد إلا تسع سنوات ، أمكن تجديد هذا القيد المصحح الجديد قبل انقضاء سنة ، ولا عبرة بانقضاء أكثر من عشر سنوات على القيد القديم غير المصحح^(١) .

§ ٢ - تجديد القيد

(Renouveau de l'inscription)

٢١٢ - وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات : تنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي :

(١) انظر في ذلك استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٩ - جرائم ولان

فقرة ٣٨٤ - محمد كامل مرسي فقرة ١٠٢ .

« يستقط القيد إذا لم يجدد في خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه .
على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً ، تكون مرتبته
من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من
التاريخ الذي أجرى فيه » .

ويفهم من هذا النص أنه لا يكفي إجراء القيد مرة واحدة ، بل إن
الرهن إذا بقي أكثر من عشر سنوات فإنه يجب تجديده كل عشر سنوات .
والتجديد واجب كما يقول النص خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء
القيد ، أو من تاريخ إجراء التجديد . ومعنى ذلك أنه ليس من المحتم أن
يفتظر الدائن المرتهن قرب انتهاء العشر السنوات حتى يجرى التجديد ،
بل إنه يستطيع خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد تجديده . فلو
فرض أن دائناً مرتهناً أجرى القيد في أول يناير سنة ١٩٧٠ فإنه يستطيع
التجديد في أول يناير سنة ١٩٧١ أى بعد سنة واحدة من إجراء القيد ، بل
يستطيع التجديد في خلال المدة من أول يناير سنة ١٩٧٠ إلى آخر ديسمبر
سنة ١٩٧٩ ، أى خلال العشر السنوات من وقت إجراء القيد .

والمدة هنا تحسب بالتاريخ الميلادى ، فقد نصت المادة ٣ مدنى على أن
« تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

٢١٣ — صاب الميعاد في تجريد القيد : وفي تجديد القيد بحسب ميعاد
تجديد التجديد عشر سنوات من وقت التجديد ، لا من وقت القيد الأصل .
فلو أن دائناً مرتهناً أجرى القيد لأول مرة في أول يناير سنة ١٩٧٠ . وجدد
القيد في أول يناير سنة ١٩٧٥ ، فإنه يلزمه تجديد التجديد لغاية أول يناير
سنة ١٩٨٥ ، لأن هذا اليوم هو آخر يوم في العشر السنوات التى يبق فيها
التجديد صحيحاً^(١) . ولا يجرى القول بأنه كان له الحق في أن يجرى التجديد

(١) استشارت المجلد ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

في أول يناير سنة ١٩٨٠ . لأننا نكون في هذه الحالة قد اعتددنا بوقت القيد والواجب الاعتداد بوقت التجديد وهو أول يناير سنة ١٩٧٥ .

ويسرى الميعاد ، في القيد الأول وفي تجديده ، ابتداء من اليوم التالي لإجراء القيد ، وبحسب اليوم الأخير ولو كان يوم عيد^(١) .

٢١٤ - الحكم في التجديد : وقد رأى المشرع ، تسهيلاً لمهمة

الباحث ، أن يوجب تجديد القيد كل عشر سنوات . ذلك أنه ما دام القيد لا يصلح منتجاً لأثره إلا لمدة عشر سنوات ، فما على الباحث الذي يريد تحرى مركز العقار من حيث القيود إلا أن يبحث لمدة عشر سنوات فقط ، فإذا كان هناك قيد أجرى منذ أكثر من عشر سنوات ولم يجدد فإنه يكون معدوم الأثر .

وهذا الاعتبار لا يكفي وحده ، لأنه لا يتحقق في التسجيل . ولم يشترط المشرع وجوب تجديد التسجيل كل مدة معينة ، بل أوجب التسجيل مرة واحدة . فالباحث عن التسجيل لا يبحث لمدة عشر سنوات فحسب ، ولا لمدة عشرين سنة ، بل يجب أن يبحث كل تسجيل ولو أجرى منذ ثلاثين سنة أو أربعين أو أكثر . ولا يقف بحثه إلا إذا كان العقار في يد حائز وخلفائه لمدة خمس عشرة سنة ، فإنه يقف عند ذلك ويعتبر أن هذا الحائز قد تملك العقار بالتقادم .

ولهذا تكون الحكمة في التجديد حماية الملكية العقارية ، فقد يحدث أن ينقضى الدين المضمون بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن شطب القيد ، فنقض المشرع أنه إذا انقضى على هذا القيد عشر سنوات ولم يجدد ، فإن القيد يسقط . وبناء على ذلك يستطيع الدائن المرتهن ألا يشطب القيد ، معتمداً على سقوطه بعد عشر سنوات^(٢) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٨٧٢ .

(٢) بيدان وفواران ٢ فقرة ٩٣١ .

وفي البلاد التي تأخذ بنظام السجل العيني ، لا يوجد داع لتجديد مدة لسريان القيد ، فان القيد يستمر نافذاً ، ولو لمدة تزيد على عشر سنوات ، إلى أن يؤشر بمحوه . وقيد الرهن (وغيره من الحقوق العينية التبعية) يكون في السجل العقاري في صفحة خاصة بالعقار المرهون ، فيسهل بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة حقيقة مركز العقار من حيث القيد والتسجيلات وغير ذلك . فلا يوجد داع لإسقاط القيد إذا لم يجدد كل عشر سنوات ، وقد نص كل من القانون الألماني والقانون السويسري على ذلك .

٢١٥ - جزاء التجديد : وإذا أجرى قيد ، وجدد في خلال العشر السنوات من وقت إجرائه ، فإن القيد يبقى حافظاً لآثاره عن طريق التجديد ، وتكون مرتبة التجديد ، وكل تجديد آخر يتلوه في الميعاد القانوني ، هي نفس مرتبة القيد الأصلي ، وبذلك يستطيع الدائن المرهن ، عن طريق التجديد ، أن يحتفظ بمرتبة الأصلية لا ينزل عنها .

ولا شك في أن هذه ميزة كبرى ، إذ يستطيع الدائن المرهن ، إذا كان أجل استحقاق حقه طويلاً كما في الديون طويلة الأجل التي تلجأ بعض البنوك إلى التعامل بها ، أن يحتفظ بمرتبة الأصلية مدة عشرين سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر من ذلك .

٢١٦ - جزاء عدم التجديد : وإذا لم يجدد القيد خلال العشر السنوات من وقت إجرائه ، ترتب على ذلك سقوط القيد وانعدام أثره ، فتضيع مرتبة الدين التي يكون القيد قد حفظها . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجديد قيد الرهن في الميعاد المحدد يجعله معدوم الأثر . وليس يغني عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتاً بحكم ، فإن حجية الأحكام لا تعدى أطرافها ، وهي في حد ذاتها من غير تسجيل لا تنشئ حقوقاً عينية يحتاج بها على الكافة . كما لا يغني أن يكون الغير عالماً بحصول الرهن ، لأن

القانون أوجب بصفة مطلقة إجراء التجديد لكى يبقى للرهن أثر فى حق الغير ، ولم يستثن إلا الحالة الواردة فى المادة ٥٧٠ مرافعات وهى الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضي المواعيد التى تجوز فيها زيادة العشر . وإذن فلحائز العقار ، إذا لم يجدد القيد ، أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة إليه ، ولو كان عالماً به^(١) . فيتقدم الدائنون التالون فى المرتبة والغير الذين كسبوا حقوقاً على العقار المرهون على الدائن الذى لم يجدد القيد ، فسقط قيده^(٢) .

ولكن الرهن يبقى صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى به قيداً جديداً^(٣) ، يأخذ مرتبته من وقت إجرائه ، وذلك إذا كان هذا ممكناً ولم يحل دونه حادث يمنع إجراء القيد كإفلاس الراهن مثلاً^(٤) . وقد قضى بأن سقوط القيد يعيد مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل إجراء القيد^(٥) ، فإذا جدد القيد بعد سقوطه ، وكان قد سبق هذا التجديد تسجيل تصرف صدر من الراهن فى العقار فى العقار المرهون ، فإن تجديد القيد لا يكون

(١) نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧١ - استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٣ ص ٤٧٧ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٩ - ويجوز لقاضى التوزيع أن يأخذ من تلقاء نفسه بسقوط القيد : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التمسك بسقوط تسجيل الرهن أو الاختصاص لعدم تجديده فى خلال العشر سنوات كما يجوز للدائن المرتهن يجوز للدائن العادى والمشتري الذى سجل عقده قبل تجديد تسجيل الرهن . وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز للدائن المرتهن تجديد تسجيله ، لأن العين تكون قد خرجت من ملك مدينه ، ويكون فى نفس الحالة التى يكون فيها قد فقد حق الرهن ، وبالتالي يفقد حق البيع ، ويبقى حقه شخصياً محفوظاً عند مدينه (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ٢٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠) .

(٤) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٧٧٢ .

(٥) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٢ .

له أثر بالنسبة إلى المتصرف إليه . ولو كان تسجيل التصرف المذكور قد تم في أثناء نفاذ القيد الأول وقبل سقوطه (١) .

ولإذا رهن شخص عقاره لدائن مرتين أول ، ثم رهنه مرة ثانية لدائن مرتين ثان في خلال العشر السنوات الأولى لقيد الرهن الأول ، وتأخر الدائن المرتين الأول في تجديد قيده عن عشر سنوات ، ولم يتأخر الدائن المرتين الثاني عن تجديد رهنه ، فإن الدائن المرتين الثاني يصبح دائناً مرتيناً أولاً ، ويتقدم على الدائن المرتين الأول ، ولو أنه كان يعلم بوجود هذا الرهن عند ما ارتهن العقار (٢) .

٢١٧ - إجراءات التجديد : لم يذكر قانون الشهر العقاري شيئاً عن إجراءات التجديد ، ولكن يمكن استخلاصها بسهولة من إجراءات القيد نفسها .

فيتم التجديد بناء على طلب الدائن المرتين أو من ينوب عنه أو خلفه ،

(١) استئناف بجناح ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ٧ أبريل سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٣٢٢ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٠٩ - استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠ .

وتقول المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، كما رأينا ، في هذا الصدد : « على أن لدائن أن يجرى قيدا جديدا ، إن أمكن ذلك قانونا ، تكون مرتبته من وقت إجرائه » .

(٢) وقد كان مقترحا تعديل هذا الحكم ، فوضع نص في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات . فإذا أجرى التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ إجراء التجديد بالنسبة إلى الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار في المدة ما بين انقضاء عشر السنوات وإجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد . أما بالنسبة إلى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتبقى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ إجراء القيد الأصلي » (المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدني جزء ٤ ص ٢٩٧) . ولما سحب من مشروع التقنين المدني الجديد النص المتعلقة بالقيد لتضمينها قانون الشهر العقاري لم يلتفت إلى اقتراح هذا التعديل ، وصدر قانون الشهر العقاري دون أن يأخذ به (سليمان مرقس فقرة ١١٠ - وانظر محمد كامل مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٦٥ هامش ٢) .

سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير . فيجوز للمحال له ، ولو قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، أن يطلب تجديد القيد ، سواء باسمه أو باسم المحيل^(١) ، وعلى كل حال توجب مصلحته هو إجراء التجديد في ميعاده^(٢) .

ويحصل التجديد ضد الراهن ، فإذا كان العقار المرهون قد انتقل وقت التجديد إلى ورثة الراهن أو إلى غيرهم من الخلف ، جاز عند تجديد القيد ضد الراهن تجديده أيضاً ضد هذا الخلف . ومن رأى بعض الفقهاء أنه يجب أن يكون التجديد ضد الخلف ، وقد أوجبت المادة ٤٦٠ من التقنين الإيطالي الحديد ذلك^(٣) .

ثم نحرر قائمة تجديد يذكر فيها أن التجديد حاصل تجديداً للقيد السابق ، فيستطيع الغير عند ما يرجع إلى القيد السابق أن يعلم درجة الرهن ، لأن هذه الدرجة في القيد السابق تبقى للرهن متى أجرى التجديد في ميعاده . فإذا لم يذكر هذا البيان ، اعتبر القيد قيداً جديداً لا تجديداً ، فيأخذ مرتبته من وقت إجراءات وتضيق مرتبة القيد الأول^(٤) . وإذا تكرر التجديد ، اكتفى بأن يشار في كل مرة إلى القيد السابق ، من غير حاجة إلى ذكر القيد الأصلي^(٥) .

ولا حاجة إلى أن ترفق قائمة التجديد بصورة عقد الرهن التنفيذية ، ولا إلى أن تذكر فيها كل البيانات الواجب ذكرها في قائمة القيد الأصلي ،

(١) استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٥٨ .

(٢) استئناف مخطوط ٥ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٢١٤ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨٠ هامش ٣ .

(٤) استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٣١٦ - محمد كامل مرسى فقرة

١١٠ - سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ١١٠ - سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

ما دامت قائمة التجديد تحيل بوضوح إلى ذلك القيد الأصلي ، سواء كانت تلك الإحالة إحالة مباشرة أو من طريق الإحالة إلى التجديد السابق^(١) .

٢١٨ - تحرير القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع

ملكية العقار المرهون : وقد نصت المادة ٤٤ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي :

« تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيني . ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » .

وفيه من ذلك أن تجديد القيد واجب ، ما دام الرهن قائماً . فإذا فرض أن دائناً آخر ، ولو كان دائناً عادياً ، اتخذ إجراءات التنفيذ ، وسار فيها شوطاً بعيداً ، فإن الدائن المرهن يتعين عليه ، في أثناء إجراءات التنفيذ هذه ، أن يجدد القيد قبل أن يفوت ميعاد التجديد^(٢) . ولا يعنى من وجوب تجديد القيد أن يكون الراهن قد تصرف في العقار المرهون ، ولو تم تسجيل هذا التصرف^(٣) . أو أن يكون الراهن قد شهر إفلاسه ، أو أن يكون أحد الدائنين قد وجه تنبيه نزع الملكية وسجل هذا التنبيه^(٤) .

ومع ذلك لا يكون التجديد واجباً في حالتين : (١) إذا استمر التنفيذ حتى بيع العقار المرهون قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر ، فعند ذلك يكون العقار المرهون قد ترتب عليه حق الراسى عليه المزاد . (٢) إذا انقضى

(١) دلائل وريير وبولانجي ٢ فقرة ٣٧٨١ - سليمان مرقس فقرة ١١٢

ص ١٨١ .

(٢) استئناف مخطط ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ .

(٣) دلائل وريير وبولانجي ٢ فقرة ٣٧٨٧ .

(٤) استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٥ .

حق الرهن بأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو طهر العقار من الرهن لأن التطهير يقضى الرهن (١) .

وإذا أعيدت إجراءات البيع على ذمة الراسي عليه المزاد بعد رسو المزاد وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود سيرتها الأولى . وقد قضت محكمة النقض بأن تطهير العقار معلق على قيام الراسي عليه المزاد بأداء الثمن في أجل استحقاقه ، ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشتري المتخلف بعد رسو المزاد الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ، ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات (٢) .

٢١٩ - ومجرب نجدير الحائز لقب الرهن : تنص المادة ١٠٦٢ على أنه « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الانقضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز » .

فإذا حل الحائز محل الدائن المرتهن في رهنه ، فعليه أن يتعهد بقيد الرهن بالحفظ ، وأن يجدد القيد في الميعاد حتى يبقى الرهن محتفظاً بمرتبة الأولى : ولا ينقضى التزام الحائز بتجديد القيد ، إلا إذا انقضى حق الرهن أو إذا طهر العقار منه .

فإذا لجأ الحائز إلى التطهير ، فإن التطهير لا يتم إلا بعد أن يعرض الحائز مبلغاً معيناً على الدائنين ، ويقبل الدائنون هذا المبلغ أو يتركوا الأجل المعين للقبول أو الرفض ينتضى دون أن يطلبوا بيع العقار ، وبعد أن يقوم الحائز بإيداع المبلغ أو يدفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه (٣) .

(١) انظر استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ - ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ - ٧٠ - ٧١ - ٧٢ م ٣٧٢ .

(٢) نقض مدني ، نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض سنة ١٩٥٤ ص ١٢١ .

(٣) وقد نصت المادة ١٠٧٠ مافى على أنه « إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع =

وإذا نزلت ملكية العقار جبراً . فإنه لا يجب تجديد القيد من الوقت الذى يتم فيه تطهير العقار (١) .

والتطهير لا يتم إلا بتسجيل حكم مرسى المزاد ، وبإيداع الثمن خزانة المحكمة أو دفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه (٢) . ولا بد من تسجيل حكم مرسى المزاد ، لحصول التطهير وإمكان الاستغناء عن تجديد القيد (٣) .

٢٢٠ - الفرق بين القيد الأصلي وتجديد القيد : وهناك اختلاف

أساسى بين القيد الأصلي وتجديده . فالقيد الأصلي يمنح للدائن المرتهن مرتبته . أما التجديد فيقتصر على المحافظة على هذه المرتبة إذا أجرى فى الميعاد فإذا أجرى بعد الميعاد كان قيداً جديداً له مرتبته من وقت إجرائه (٤) .

فالتجديد فى الميعاد القانونى هو استمرار للقيد القديم ، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمراراً للقيد القديم ومن ثم يأخذ مرتبته من وقت حصوله .

= المقررة ، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذى قدم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة .

(١) استئناف نسط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٢ - وانظر أيضاً استئناف نسط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ .

(٢) فقد نصت المادة ١٠٨٤ مدنى على أنه « إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى ، سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد » أو بدله إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » .

(٣) انظر سليمان مرقس فقرة ١١٣ ص ١٨٣ هامش ٣ .

(٤) بدران وقواران ١٤ فقرة ٩٤٠ وما بعدها .

٢٢١ - مصروفات التجديد : وقد سبق أن مصروفات التجديد ،

كمصروفات الرهن ومصروفات القيد الأول ، تكون على الراهن . فإذا دفعها الدائن المرتهن أو أحد آخر ، رجع بها على الراهن . وهذه المصروفات كلها مضمونة بالرهن وفي مرتبته ، دون ذكر خاص بها . وذلك بخلاف مصروفات المحو وإلغاء المحو ، وسيأتي ذكرها فيما يلي .

٢٢٢ - التأشير على هامش القيد : والتأشير على هامش القيد يراد به تمكين الباحث من العلم بما بطراً على مصير القيد الأصلي من تغيير ، قد يصل إلى حد أن يصيبه في بقاءه ، أو يمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذي تقرر القيد أصلاً لمصلحته .

وتنص المادة ٢/١٠٥٣ مدني على أنه « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي » (١) .

فإجراء التأشير في هامش القيد قد لا يقل أهمية عن إجراء القيد الأصلي ، لأن إغفاله يترتب عليه آثار هامة مثل الآثار التي طالعناها في النص المتقدم الذكر .

ومن هذه الآثار نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، فالحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات كالرهن الرسمي ، فلا يجوز التمسك بالرهن في مواجهة الغير

(١) وتنص المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، في هذا المسمى ، على أنه « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهن ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد ، أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي » .

إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة . ويسرى الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين ، فيجب على الدائن المحال له أن يوثق بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي .

وإذا حل شخص حلولا قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلي ، امتد هذا الحلول إلى التأمينات وفيها الرهن الرسمي ، فيتعين على المحال أن يوثق على هامش القيد الأصلي بما يفيد حله محل الدائن المرتهن .

وللدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . فالتنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير ، إلا إذا أشر بذلك على هامش القيد الأصلي الذي أجرى لمصلحة الدائن المرتهن المتنازل عن مرتبته^(١) .

ويقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانوني لإجراء هذا التأشير ، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق ، أو يبرز الدائن الموفى مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل

(١) وقد يعرض من الأسباب ما يفتى بمحو القيد ، وهنا استلزم المشرع أيضاً في المادة ١٩ من قانون الشهر العقاري أن يتم هذا المحو بالتأشير على هامش القيد الأصل .

وقد نصت المادة ٣٧ من قانون الشهر العقاري على أنه تقدم الطلبات الخاصة بالتأشير الهامشي لمكتب الشهر الذي تم فيه شهر ا رد المراد بالتأشير على هامشه . ويجب أن يكون الطلب مشتملاً على اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وعلى بيان النوع المخرر المتقدم ذكره وتاريخ ورقم شهره والسند الذي يبيع التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التي صدر منها وأسماء ذوي الشأن فيه . ويجب أن يكون مصحوباً بهذا السند ، وبساتر الأوراق المؤدية له . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مديرية الشهر المختصة ، عند الاقتضاء . وتتبع في التأشير الهامشي وحفظ المخررات التي يتم بتفويضها ، الأحكام الواردة في الفقرة التمهيدية .

الدائن . وإذا كان التأشير خاصاً بالتنازل عن مرتبة ، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل (١) .

ويتقدم الطلب إلى مكتب الشهر (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري) ، ويدرج في دفتر معد لهذه الطلبات ، ويأخذ رقماً متابعاً تقيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأنه الطلب (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري) (٢) .

وإذا تحقق المكتب من استيفاء الطلب للشروط القانونية ، أثبت التأشير في هامش قيد الرهن الرسمي أو في ورقة تلحق به . ويشتمل التأشير على جميع البيانات التي سبق ذكرها ، وعلى بيان تاريخه والساعة التي تم فيها (٣) .

(١) يجب أيضاً إقامة الدليل على السبب القانوني لمحو القيد ، وهل هو محو اختياري أو محو قضائي .

(٢) « وإذا تبين أمين مكتب الشهر أن طلب التأشير الهامشي لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات ، أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصوله . ويعين في هذا الكتاب أجل لتلافي هذه الأوجه لا يجاوز شهراً ، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب ، وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصوله » (م ٣٨ شهر) . « ولئن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، في خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الابتدائية التي يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة تبعاً لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير ، ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق » (م ٣٩ شهر) . « ولا يجوز إجراء أي تأشير هامشي بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طالب التأشير ، إلا بعد انقضاء الميعاد المعين في المادة السابقة أو الفصل في تقالم الطالب على الوجه المبين فيها » (م ٤٠ شهر) .

(٣) ويجب على مكتب الشهر أن يوافي المكتب الرئيسي بصورة من « ... »

نهاية كل شهر ، مع بيان رقم وتاريخ شهر المحررات الملتقى . ويقوم المكتب الرئيسي بحفظ هذه النصوص ، بعد أن تدرج التأشيرات الواردة بها في هامش صور المحررات أو في ورقة الملحقة بهذه النصوص (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري) .

§ ٣ - محو القيد وإلغاء المحو

Radiation de l'inscription et annulation de la radiation

٢٢٣ - محو القيد : قد يوجد ما يستدعى محو قيد الرهن .

فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد زال أو انقضى . ويزول الدين إذا كان مثلاً باطلاً شكلاً ، أو كان باطلاً موضوعاً أو قابلاً للإبطال وقضى بإبطاله . وينقضى الدين بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالوفاء بالدين أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو سقوط الدين بالتقادم . وفي جميع أحوال زوال الدين أو انقضائه ، يسقط الرهن الذي هو ضمان للدين ، ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ، فيجب أن يمحى القيد وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، ولكن الرهن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال وقضى بإبطاله . أو انقضى بأي سبب لانقضاء الرهن مع بقاء الدين . ولما كان القيد إنما يتعلق برهن صحيح قائم ، فإن القيد في هذه الحالة يجب محوه .

وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، وكذلك الرهن يكون صحيحاً قائماً ، ولكن القيد نفسه يكون غير صحيح ، فيجب في هذه الحالة أيضاً محو القيد . فالقيد إذن يجب محوه ، إما لسبب يتعلق بالدين المضمون ، وإما لسبب يتعلق بالعقار المرهون ، وإما لسبب يتعلق بالقيد . وهذا هو المحو بوجه عام .

٢٢٤ - طريقاه للمحو : وقد نصت المادة ٤٥ من قانون تنظيم

الشهر العقاري على ما يأتي :

« لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمي منه . ومع ذلك يكتفى في إجراء المحو في حالة رهن الحيازة العقاري وحقوق الامتياز العقارية باقرار عرقي مصدق على التوقيع فيه . »

ويؤخذ من هذا النص أن هناك طريقين لمحو قيد الرهن الرسمي :

(١) المحو الاختياري (radiation volontaire) . ويكون ذلك برضاء الدائن ، فهو إذن تصرف مبنى على إرادة واحدة هي إرادة الدائن ، بتقرير رسمي منه ، ولا يلزم رضاء الراهن .

(٢) المحو القضائي (radiation judiciaire) . فإذا تعذر الحصول على رضاء الدائن . كان لا بد من رفع الأمر إلى القضاء . فيحكم بالمحو القضائي حكماً نهائياً .

٢٢٥ - المحو الاختياري : رأينا أن المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري تقضى بمحو القيد برضاء الدائن بتقرير رسمي منه . فهو لا يكون بموجب عقد عرفي . ولما كان القيد يجري في ورقة رسمية ، فقد أراد المشرع ألا يكون محوه بورقة عرفية ، واستوجب أن يكون ذلك عن طريق ذهاب الدائن أو من ينوب عنه (والتوكيل الصادر من الدائن هنا يجب أيضاً أن يكون رسمياً^(١)) . إلى قلم كتاب المحكمة وعمل تقرير رسمي بالمحو . ورضاء الدائن بمحو القيد صادر بإرادة الدائن المنفردة ، فهو عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا يشترط لتمامه قبول الراهن^(٢) .

وإذا حول الدين ، كان المحو برضاء المحال له دون حاجة لرضاء الدائن الأصلي . وإذا توفي الدائن كان المحو برضاء الورثة ، وإذا

(١) جيوار فقرة ١٤٢٨ - بودي ودي لوان فقرة ١٨٤٩ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ - محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٥ - وإذا حصل اتفاق على فك الرهن بورقة صرفية ، أمكن اعتبار هذا الاتفاق بمثابة وصف بمحو القيد ، وكان للراهن أن يطلب الحكم بالمحو بناء على هذا الاتفاق (محمد كامل مرسي فقرة ١٤ ص ١٧٥ هامش ١ - جرافولان فقرة ٤٢٠) .

(٢) جيوار فقرة ١٤١٧ وقرة ١٤٣٥ - بودي ودي لوان فقرة ١٨٢١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ هامش ٣٧ . ويطلق في القانون الفرنسي على القيد الذي يرضى به الدائن برفع القيد وفك الرهن (mainlevée) .

حصلت التهمة بينهم كان المحو برضاء من وقع الدين المضمون بالرهن في حصته (١) .

ويجب في المحو الاختيارى توافر أهلية خاصة في الدائن المرتهن . ومن رأى بعض الفقهاء أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف في الدين المضمون (٢) ، وبموجب القانون المصرى يشترط فيمن يقرر المحو ، ولو كان في مقابل قبض الدين . أن يكون كامل الأهلية أى بالغاً سنة ٢١ سنة غير محجور عليه (٣) .

وإذا صدر المحو من نائب عن للدائن ، فإذا كان النائب وكيلًا ، فتكفى الوكالة العامة إذا كان محو القيد في مقابل قبض الدين ، لأن استيفاء الدين يدخل في أعمال الإدارة . أما إذا كان المحو دون مقابل ، فلا بد من وكالة خاصة (٤) . وإذا كان النائب وصياً ، فهو يملك قبض الدين الذى للقاصر ، فيملك أيضاً محو قيد الرهن إن كان في مقابل قبض الدين . وإلا فلا بد من إذن المحكمة طبقاً للمادة ٣٩ (١١) من قانون الولاية على المال ، وهى تقضى بوجوب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات

(١) جيوار ١٤١٨ - بودرى ودى لوان فقرة ١٨٢٥ وقرة ١٨٢٦ .

وقد قضى بأن أمين الرهونات مكلف بالتحقق من أن مقرر المحو يملكه من طريق أوراق لا يرق إليها الشك ، ولا يعتبر من هذا القبيل الأوراق العرفية غير المصدق على التوقيعات التى تحملها (استئناف مخطوط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٩) .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٨٤٢ وقرة ٢٢٦٠ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١١ ص ٦٤ - محمد كامل مرسى فقرة ١١٤ ص ١٧٧ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١١٦ .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧١ من المشروع التمهيدي تنص على أنه « لا يجوز أن يصدر المحو الاختيارى من شخص لا يكون أهلاً لإبراء ذمة المدين ، إلا إذا تدخل في ذلك من يوجب القانون لصحة هذا الإبراء » . وقد رأت لجنة المراجعة حذف هذه الفقرة ، اكفاء والتواعد الدمة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٣ - ص ٧٤) .

(٤) بي-ان وفواران ٢ فقرة ١٢٤٨ .

أو إضعافها . وإذا كان النائب ولياً ، جاز له محو القيد . ولو دون قبض الدين ، ودون الحصول على إذن المحكمة (١) .

٢٢٦ - المحو القضائي : فإذا تعذر المحو الاختياري . بأن رفض

الدائن محو القيد أو لم يكن في استطاعته إجراء المحو الاختياري . جاز لكل ذي مصلحة في زوال القيد أن يطلب محوه أمام القضاء . فيجوز أن يرفع دعوى المحو القضائي الراهن ، أو الغير الذي انتقل إليه العقار (٢) . أو دائن مرتين متأخر ويكسب من المحو أن يزول من أمامه واحد من الدائنين الذين يتقدمون عليه (٣) . أو دائن عادي (٤) .

ويطلب المحو القضائي ضد الدائن المرتين المراد محو قيده ، أو ضد خلفائه (٥) ، ولا يطلب ضد المدين وحده (٦) . ولا ضد أمين الشهر (٧) .

والدعوى عقارية . فترفع إلى محكمة العقار المرهون . لا إلى محكمة المدعى عليه (٨) . وإذا تعددت العقارات ووقعت في دوائر محاكم مختلفة ،

(١) سليمان مرقس فقرة ١١٦ ص ١٨٧ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ .

(٤) ولكن الراهن لا يجوز له طلب المحو القضائي بسبب بطلان شكل القيد ، لأنه شرع

في مصلحة الغير (جيوار فقرة ١٤٤٠ - بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٣٨ هامش ٢١) . وفي الأحوال الأخرى يجوز للراهن أن يطلب المحو (نقض فرنسي ٢٩ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٣٨٠) .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦٢ .

(٦) استئناف مخطوط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٢٢ - بودري ودي لوان فقرة

١٨٦٢ - وحكم بأنه إذا رفعت دعوى المحو قبل النسيب العقاري ، لم يتعين إدخال المدين فيها (استئناف مخطوط ٣ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٣) .

(٧) استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٣ - ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٣ م

٥ ص ٣٢٢ .

(٨) وقد قضى بأنه إذا اشترى شخصان معا أرضاً مرهونة ، وتعهد أحدهما للآخر بمحو تسجيل

المرس ، كانت دعوى هذا المتهمة شخصية من اختصاص محكمة المدعى عليه ، ولا يستدعي دعوى =

رفعت دعوى المحو بالنسبة إلى كل عقار أمام المحكمة التي يقع في دائرتها^(١) .
ولا يجوز التأشير بالمحو قبل أن يصبح الحكم الصادر به نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطريق العادي ، وإن كان يقبل الطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر^(٢) .

٢٢٧ - كيف يكون المحو : ولا يكون المحو ، اختيارياً كان أو قضائياً . بإزالة القيد مادياً . أو بالضرب عليه . وإنما يكون بالتأشير على هامش قيد الرهن بما يدل على اعتبار أن القيد غير موجود ، ويكون التأشير من مكتب الشهر ، ويشير إلى السند الذي بموجبه حصل المحو ، رضاء كان أو قضاء ..

والغرض من التأشير على هامش القيد ، جعل دفاتر الشهر مطابقة للواقع .

وإذا وقع الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تخلص بعض العقار عند دفع جزء من الدين ، ودفع جزء من الدين بالفعل ، وجب محو الرهن جزئياً بالتأشير بذلك على هامش القيد ، وذلك لإزالة الآثار التي تترتب على وجود القيد كاملاً دون التأشير بدفع جزء من الدين^(٣) .

٢٢٨ - ما يترتب على المحو : إذا كان المحو قد حصل دون أن يحصل النزول صراحة عن الرهن ، لم يفقد الدائن حقه في الرهن^(٤) . فيجوز

= متعلقة مباشرة بمحو قيد الرهن وهي دعوى عينية عقارية من اختصاص المحكمة الموجودة بدائرتها
العقار المرهون (استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٠) .

(١) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦٥ - دي هلتس فقرة ٩٦ - جرانمولان

فقرة ٤١٧ .

(٢) بيدان وثواران ٢ فقرة ١٣٥٢ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ١١٢ ص ١٧٣ .

(٤) استئناف محاكم ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧ .

للدائن المرتهن . إذا لم يؤدَّ الدين وبقى الرهن . أن يجرى قيلاً جديداً للرهن يأخذ مرتبته من وقت إجراءاته^(١) .

وإذا كان المحو قد حصل بعد النزول عن الرهن ، فلا يكون للدائن المرتهن أن يجرى قيلاً جديداً للرهن . لأن الرهن قد زال . وعند الشك يعتبر أنه لم يحصل نزول من الرهن ، وإنما حصل عن القيد فقط^(٢) .

٢٢٩ - مصروفات المحو : مصروفات المحو تكون في الأصل على الراهن . وقد نصت المادة ١٠٥٥ مدني على أن « مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك » . ويلاحظ أنه إذا كان القيد قد أجرى بخطأ أحد ، كالدائن المرتهن ، كان هو المسئول ويكون ملزماً بدفع مصروفات المحو .

وإذا بيع العقار المرهون ، ودفع المشتري الثمن إلى أرباب الديون المقيدة ، فإن مصروفات المحو تكون في هذه الحالة على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك^(٣) .

(١) جوار فقرة ١٤٥٠ - بودري ودي لوان فقرة ١٨٨٨ - جرانمولان فقرة ٤٢٢ - محمد كامل مرسي فقرة ١١٩ .

(٢) (٢) يون ٢ فقرة ١١٠٦ - لوران ٣١ فقرة ٢٢٣ - جوار فقرة ١٤٥٨ - بودري ودي لوان فقرة ١٨٨٧ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٤٤ .

وكان المشروع التمهيدي ينص في المادة ١٤٧٤ منه على ما يأتي : « لا يترتب على محو القيد في ذاته انقضاء حق الرهن ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجراءاته ، إلا إذا كان حق الرهن قد انقضى » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ويكون المحو بالتأشير على هامش القيد ، مع ذكر السند الذي أجرى بمقتضاه المحو ، سواء كان التقرير الذي صدر من الدائن في قلم كتاب المحكمة أو كان الحكم النهائي الصادر بالمحو . ويترتب على المحو لإزالة القيد نفسه ، ولكن لا يترتب عليه إزالة الرهن إذا كان باقياً ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجراءاته » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه المادة ، والظاهر أن حذفها يرجع لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٥ في الهامش) .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ١٨٤٨ - محمد كامل مرسي فقرة ١١٨ .

ويلاحظ أن مصروفات المحو ليست مضمونة بالرهن . كما ضمن الرهن مصروفات العقد والقيّد والتجديد فيما أسلفنا .

٢٣٠ - إلغاء المحو بعد حصوله : قد يجد ما يستوجب إلغاء المحو بعد حصوله . فالمحو يحصل كما قدمنا ، إما لسبب يرجع إلى الدين المضمون ، وإما لسبب يرجع للرهن وحده دون الدين ، وإما لسبب يرجع إلى القيد ذاته .

وأياً كان سبب المحو ، فقد يكون هذا السبب غير صحيح ، فيقتضى الأمر رفع دعوى بإلغاء المحو .

فقد يكون السبب أن الدين المضمون أو الرهن باطلاً أو قابلاً للإبطال وقد أبطل ، أو أنه قد انقضى . عند ذلك ترفع دعوى بإبطال الدين المضمون أو بإبطال الرهن ، أو ترفع دعوى بانقضاء الدين أو بانقضاء الرهن ، فيحكم بذلك حكماً نهائياً ، ولكن إذا رفع عن هذا الحكم نقض أو التماس إعادة النظر لا ينتظر حكم النقض أو حكم إعادة النظر ، ويبادر إلى محو القيد اختياراً أو قضاءً .

وقد يكون السبب أن تقرير المحو قد صدر من ناقص الأهلية أو قد شاب عيب من عيوب الرضاء تقريره ، فيجوز للدائن الذى صدر منه التقرير بالمحو أن يحصل على حكم بإلغاء المحو ، فيلغى بموجب هذا الحكم .

ومن ذلك نرى أن هناك أسباباً متعددة لإلغاء المحو كما أن هناك أسباباً متعددة للمحو ذاته ، فإذا وجد سبب من أسباب إلغاء المحو ، حكم يصدر من محكمة النقض أو من محكمة التماس إعادة النظر ، أو حكم يصدر بإبطال تقرير المحو لصدوره من غير ذى أهلية أو من شخص شاب رضاه عيب من عيوب الرضاء ، أو غير ذلك من الأسباب ، فانه لا بد من صدور حكم بإلغاء المحو .

٢٣١ - الدعوى القضائية بإلغاء المحو : ومتى وجد سبب لإلغاء المحو .

رفعت دعوى قضائية بإلغاء المحو .

وترفع الدعوى . أمام محكمة العقار ، ممن يهمة إلغاء المحو . فقد يكون الدائن المرتهن الذى أرغم على محو قيده . وبعد صدور حكم بإلغاء المحو . وقد يكون المدين ، وقد صدر حكم من محكمة النقض أو من محكمة التماس إعادة النظر بأن الدين لم ينقض أو أنه غير قابل للإبطال .

ويكون رفع دعوى بإلغاء المحو على الراهن . لأنه هو الخصم الطبيعى فى دعوى يراد بها إبقاء قيد الرهن .

فاذا تحقق القاضى من أن المحو كان على غير أساس . حكم بإلغائه . فيعود القيد إلى ما كان عليه منتجاً لآثاره .

٢٣٢ - الدعوى وأما ضرورية فى إلغاء المحو - مهمروفات الدعوى :

وبلاحظ أن المحو قد يتم اختصاراً أو قضاء ، أما إلغاء المحو فلا يتم إلا قضاء . ولا بد من رفع دعوى بالإلغاء . ولا يجوز التراضى أو الرضاء بالإلغاء^(١) ، يجوز للدائن الذى محى قيده ألا يلجأ إلى حكم بإلغاء المحو . ويعمد إلى إجراء قيد جديد ، ولكن هذا القيد الجديد لا تكون مرتبته إلا من وقت إجرائه^(٢) . كذلك قد يكون الراهن قد أفلس وقت عمل القيد الجديد ، أو يكون العقار المرهون قد اشتراه حائز وسجل ، فلا يستطيع الدائن أن يجرى القيد الجديد .

فاذا أراد الدائن المرتهن أن يستبقى قيده بالرغم من إفلاس الراهن وبالرغم من بيع العقار المرهون وتسجيل الحائز ، وأن يستبقى بمرتبه الأصلية ، فلا مناص من دعوى إلغاء المحو .

(١) بيدان فقرة ١٦ ؛ هامش ٢ - بودرى ودې لوان فقرة ١٨٩٢ .

(٢) بون فقرة ١١٠٧ - هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ - بيدان فقرة ١٠٥٥ - أوبرى ورو ٣

فقرة ٢٨١ ص ٦٨٦ - محمد كامل مرسى فقرة ١٢٠ ص ١٨٢ .

وعندما ترفع الدعوى بإلغاء المحو ، بين الدائن المرتهن وبين الراهن .
فالقاضي يحكم بمصروفات للدعوى . أى بمصروفات دعوى إلغاء المحو ،
على من يراه من الخصمين . فقد يكون الدائن المرتهن قد ارتكب خطأ في
محو القيد فيحكم عليه بالمصروفات ، وقد لا يثبت أى خطأ في جانب الدائن
المرتهن فيحكم القاضي بالمصروفات على الراهن . وسواء تحمل المصروفات
الدائن المرتهن أو الراهن فإنها لا تكون مضمونة بالرهن ، مثلها في ذلك
مثل مصروفات المحو . أما المصروفات التى تضمن بالرهن وفى مرتبته فهى ،
كما قدمنا . مصروفات العقد والقيد والتجديد .

٢٣٣ - إجراء إلغاء المحو - التأشير الهامشى : وإذا صدر حكم

نهائى بإلغاء المحو ، فإن إلغاء المحو لا يكون بالشطب على المحو لإزالته . وإنما
يكون إلغاء المحو بالتأشير على هامش المحو ذاته بأن هذا المحو قد ألغى .
فإذا ما ألغى المحو . عادت للقيد مرتبته الأصلية . ويجب تجديده فى خلال
عشر سنوات من وقت إلغاء المحو (١) .

٢٣٤ - ما يترتب على الحكم بإلغاء المحو : ويترتب على الحكم بإلغاء

المحو أن يعتبر المحو كأن لم يكن ، ويعود القيد وتعود له مرتبته الأصلية ،
ويجب تجديده فى المواعيد القانونية .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يحتوى على نص ، هو نص المادة ١٤٧٥ ، وكان
يجرى على الوجه الآتى : ه ١ - يكون إلغاء المحو بالتأشير به فى الهامش ، إذا كان المحو قد
أجرى بناء على سند قضى تزويره أو بطلانه ، أو بمقتضى حكم ألغاه حكم سابق . ه ٢ - إذا
ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ، مع عدم الإخلال بوجوب تجديد القيد طبقاً للقانون .
ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعى بالنسبة للقيد والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين
المحو وإلغائه . وقد وافق على النص لجنة المراجعة ومجلس النواب ، بعد تعديلات لفظية . وفى
لجنة مجلس الشيوخ حذفته اللجنة ، واكتفت بنص هام يحمل المرجع فى إجراءات القيد وتجديده
ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، إلى الأحكام الواردة فى قانون تنظيم الشهر
النقدى (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ٧٥ - ص ٧٦ فى الهامش) .

فيكون إذن لعودة القيد بمرتبه الأصلية . عقب الحكم بإلغاء المحو ،
أثر رجعي . ولا يكون هذا الأثر الرجعي إلا استثناء واحد ، سيأتي ذكره
في الفقرة التالية .

فإذا فرض مثلا أن العقار قد قيدت عليه ثلاثة رهون ، الأول في
أول يناير سنة ١٩٧٠ ، والثاني في أول يناير سنة ١٩٧١ . والثالث في
أول يناير سنة ١٩٧٢ . ثم محى القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٣ ،
وألغى المحو في أول يناير سنة ١٩٧٤ . عاد العقار كما كان . عليه ثلاثة
قيود بالترتيب المتقدم . ذلك أنه لما محى القيد الأول ثم ألغى المحو ، لم يتخلل
المحو وإلغاء المحو قيد ، فتبقى القيود الثلاثة كما هي بترتيبها كما قدمنا .

وإذا فرض أن العقار المرهون كان عليه قيد في أول يناير سنة ١٩٧٠ ،
وقيد آخر في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محى القيد الأول في أول يناير سنة
١٩٧٢ ، وألغى المحو في أول يناير سنة ١٩٧٣ ، ووقع على العقار المرهون
بعد ذلك قيد جديد في أول يناير سنة ١٩٧٤ ، بنى العقار مثقلا بهذه القيود
الثلاثة بترتيبها ، لأن القيد الثالث لم يجد بين المحو وإلغاءه ، وإنما أجرى بعد
إلغاء محو القيد الأول ، فجاء والقيد الأول قائم يحتل المرتبة الأولى ، والقيد
الثاني يحتل المرتبة الثانية ، فيحتل هو المرتبة الثالثة .

ويلاحظ أنه يجب على أصحاب القيود الثلاثة أن يراعوا مواعيد القيد ،
فيجددوه في الميعاد .

٢٣٥ - مرتبة الدائن الذي محى قيده ثم ألغى المحو: وإذا تخلل المحو

وإلغاءه دائن مقيد ، تغير الوضع . وهذا هو الاستثناء من قاعدة الأثر
الرجعي للإلغاء المحو .

فنفرض أن الدائن الأول قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٠ ،
الثاني قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محى القيد الأول في أول يناير
سنة ١٩٧٢ ، وقيد دائن ثالث رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٣ والقيد الأول

محمو . ثم ألغى المحو في أول يناير سنة ١٩٧٤ . فماذا يكون ترتيب الدائن المرتين الأول الذي محى قيده ثم أعيد .

يكون له ترتيبان : ترتيب بالنسبة إلى الدائن الثاني الذي قيد رهنه قبل المحو ، وترتيب بالنسبة إلى الدائن الثالث الذي تخلل المحو وإلغاء المحو . فبالنسبة إلى الدائن الثاني يبقى هو الدائن الأول ، وبالنسبة إلى الدائن الثالث يتأخر عنه لأن الدائن الثالث قد قيد رهنه وقيد الدائن الأول محمو دون دون أن يلغى المحو (١) .

(١) فبالنسبة إلى القيود التي أجريت ما بين محو القيد الأول وإلغاء المحو ، لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٩٧٥ من المشروع التمهيدي إذ تقول كما رأينا : « ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي بالنسبة للقيود والتسجيلات التي أجريت ما بين المحو وإلغاءه » . وقد جاء في المذكر الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « على أنه لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي بالنسبة للقيود والتسجيلات التي أجريت ما بين المحو وإلغاءه . فإذا كان (١) دائنا بألفين وقيد رهنه في سنة ١٩٣٠ . وقيد (ب) وهو دائن بثلاثة آلاف رهنه في سنة ١٩٣١ . ومحى قيد (١) في سنة ١٩٣٢ . وقيد (ح) وهو دائن بألفين رهنه في سنة ١٩٣٣ . وألغى محو القيد في سنة ١٩٣٤ . وكان ثمن المقار المرهون أربعة آلاف ، فإن التوزيع يكون على الوجه الآتي : يعطى (ح) نصيبه باعتبار أن (ب) وحده هو الذي يتقدم عليه ، لأن إلغاء المحو في قيد (١) ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى (ح) كما تقدم . فيكون ما يأخذه من ثمن المقار ألفا . ويوزع الباقي من الثمن ، وهو ثلاثة آلاف ، بين (أ) و (ب) باعتبار أن (١) يتقدم على (ب) إذ أن إلغاء المحو له أثر رجعي بالنسبة لهذا الأخير . فيكون ما يأخذه (١) هو ألفان ، وما يأخذه (ب) هو ألف » . المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩ في الهاش () .

والرأي الغالب أنه ، عندما يترك الباقي من الثمن وهو ٣٠٠٠ إلى (١) و (ب) ، يفرض أن المتقدمين لتوزيع ٤٠٠٠ فيما بينهما هما (١) و (ب) وحدهما ، فكان (١) يأخذ ٣٠٠٠ مقدار حقه و (ب) يأخذ الباقي وهو ٢٠٠٠ ، فيأخذ (ب) ٢٠٠٠ ، والباقي من ٣٠٠٠ وهو ١٠٠٠ يأخذه (١) . (انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٢٠ - سليمان مرقس فقرة ١١٩) .

انظر ترولون فقرة ٧٤٦ مكررة - بون فقرة ١١٠٧ - هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ - ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٠٣ - جيوار فقرة ١٤٦١ - فقرة ٤٦٢ - بيدان فقرة ١٠٥٣ وما بعدها - بودري ودی لوآن فقرة ١٨٩٥ - أوبري ورو ٣ ف ٢٨١ هاش ٤٠ مكرر - جرانمولان فقرة ٤٢٣ .

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه « إذا ألغى المحو ، عادت مرتبته الأصلية . ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء » (١).

المبحث الثانى

استعمال حق التقدم وحق التتبع

٢٣٦ - متى يستعمل حق التقدم والتتبع : متى قيد الدائن المراتن رهنه ، كان له أن يواجه الغير بحقه ، فيستعمل حق التقدم وحق التتبع . فتبحث كلا من الحقين بالتتابع .

المطلب الأول

حق التقدم

٢٣٧ - ترتيب الدائنين : تنص المادة ١٠٥٦ مدنى على ما يأتى :
« يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن

(١) وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى ، حتى قبل صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، بأن القانون جعل شهر الحقوق العينية من طريق تسجيلها إعلاما لكل أحد بوجود الحق العينى الذى شهر ، بحيث يكون حجة على كل أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل ، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانونا عالمين بوجوده . ولا حجة له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل ، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به . ومن ثم فإنه إن عفى قيد الحق العينى من السجل ، ثم ألغى المحو ، عادت إلى القيد مرتبته الأصلية التى كانت له قبل .
أن يكون حجة على التسجيلات التى حصلت فى الفترة بين المحو وإلغائه (مرسى ٢١ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر رقم ٢٥ ص ٣٥) - فاروق محمد كمال مرسى فقرة ١٢٠ - سليمان مرقس فقرة ١١٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٣ ص ١١٤ - ص ١١٥ .

العقار المرهون . أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد^(١) .

وفهم من هذا النص أن الدائنين يرتبون على الوجه الآتى :

إذا وجد دائنون مرتهنون رهناً رسمياً (أو أصحاب حق اختصاص أو مرتهنون رهناً حيازياً على العقار أو أصحاب حقوق امتياز خاصة على عقار) ، تقدموا بحسب مرتبة كل منهم . والسابق فى المرتبة هو السابق فى القيد . فإذا استنفدنا هؤلاء الدائنين ، يأتى الدائنون العاديون وكلهم متساوون فى المرتبة فيتراحمون على ما يبقى من أموال المدين .

ويلاحظ أن مرتبة الدائن المرتهن (والدائنين الملحقين به) يحددها مرتبة القيد (م ١٠٥٧ مدنى) . ولو كان قيد الدائنين فى يوم واحد . وقد نصت المادة ٣١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن «يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال . بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها» .

فالأسبقية فى القيد تتحدد إذن بساعة التقديم ، فمن كان أسبق فى الساعة قدم على المتأخر^(٢) . ولو تقدم اثنان فى ساعة واحدة ، تساوياً ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٦ (مجموعة الأهمال التحضيرية ٧ ص ٨١ - ص ٨٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٦٧ / ٦٩١ : يستوفى أرباب الرهون العقارية بمطاباتهم من ضمن العقار المرهون ، أو من مبلغ تأمينة من المدين إذا احترق ، ويكون استيفائهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم فى يوم واحد .

(٢) وهذا بخلاف القانون الفرنسى ، حيث تتحدد الأسبقية باليوم لا بالساعة ، فيتساوى المتقدمون فى يوم واحد ، ولو كان أحدهم تقدم فى المساء والآخر فى الصباح . ومع ذلك فقد صدر قانون حديث فى فرنسا سنة ١٩٥٥ ، يقرر أن فى حالة إجراء القيد فى =

وفى حق التقدم ، بعد أن بينا أن الدائن المرتهن الأسبق فى الترتيب هو الذى يتقدم على الدائنين التالين فى المرتبة وعلى الدائنين العاديين ، نحصر كلامنا ، بالنسبة إلى هذا الدائن الأسبق فى الترتيب ، فى ثلاث مسائل :

- (١) الدين المضمون ، فيما يتعلق بهذا الدائن .
- (٢) المال المرهون ، فيما يتعلق بهذا الدائن أيضاً .
- (٣) نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر .

§ ١ - الدين المضمون

٢٣٨ - الدين المضمون بالرهن . شمل أصول الدين : نبدأ بأصل

الدين . وقد قدمنا أن أصل الدين يذكر فى القيد ، فإذا ذكر على حقيقته أخذ به كما ذكر . وقد يذكر أصل الدين فى القيد أكثر أو أقل . فإن ذكر أكثر ، فالعبرة بأصل الدين الحقيقى ، ولا عبرة بالزيادة المذكورة فى القيد . وإن ذكر أقل ، فيؤخذ بهذا الأقل المذكور فى القيد ، ولا عبرة بزيادة أصل الدين فى الحقيقة على المذكور فى القيد ، لأن هذه الزيادة

= يوم واحد ، تحسب الأفضلية بتاريخ نشوء حق الرهن (سميح تناغر فقرة ٣٧ ص ١٢٩ هامش ١) .

وقد نصت المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه : إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها فى دفتر المعد لذلك ، وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر فى شأن ذلك

بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشراً عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تتجاوز هذه الفترة خمسة أيام .

لم تقيد فهي إذن لم تشهر ، والعبرة بالقيء ما لم يزد على الحقيقة . وقد سبق الكلام في كل ذلك .

٢٣٩ - الديون الشرطية والرهنية والمستفيدة : الديون الشرطية

هي ما أعلقت على شرط فاسخ أو على شرط واقف .

فإن علق على شرط فاسخ . فهي ديون موجودة حقا ولكنها تزول إذا تحقق الشرط الفاسخ . فلا يحرم الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ من الاشتراك في التوزيع بحسب مرتبة رهنه ، ومن الحصول على نصيبه في التوزيع . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه ، إذا تحقق الشرط الفاسخ^(١). وفي هذه الحالة . يعاد توزيع ما رده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين .

وإن علق الدين على شرط واقف ، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير متأكد . وهذا يمنع الدائن من المطالبة بحصة عاجلة في التوزيع لأن حقه احتمالي ، فلا يجوز حرمان الدائنين التاليين له في المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل ثمن العقار . والرأي الراجح أن تقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هي مقدار دينه المعلق على شرط واقف ، ويتم التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله على الدائنين التاليين في المرتبة ، ولكن يلتزم هؤلاء الدائنون بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما إذا تحقق الشرط^(٢).

وإذا كان الدين ناشئاً عن فتح حساب جار ، فهذا دين احتمالي مستقبل . احتمالي لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري ، ومستقبل لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل .

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٥ ص ٥٦٦ - بلانويول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٩٧٦ .

(٢) أنسيكوديدى دالوز ٢ ص ٩٢١ فقرة ٢٥٦ وما بعدها .

فى الفترة التى يستمر خلالها قيد الحقوق والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً ومستقلاً . ولا يتحقق وجوده ولا يتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره . ولكن يجب تحديد الدين الذى يضمه الرهن بقدر معين أو بحد أقصى ، لا بد من ذكره فى العقد وفى قائمة القيد . وكثيراً ما يحدث فى العمل ان يعلق المصرف فتح الحساب الجارى على تقديم ضمان من الممبل يكفل الوفاء بما قد يترتب عليه من ديون ، فإذا قدم رهناً رسمياً وجرى قيد الرهن ، حسبت مرتبته من تاريخ قيده فى نطاق المبلغ المحدد فى قائمة القيد . وإذا كان الرهن يضمن الوفاء بالدين الناشئ عن الحساب الجارى خلال فترة معينة ، لمدة سنة مثلاً ، فلا يستطيع المصرف أن يحتج برهنه إلا فى حدود المبالغ التى قد تستحق له عند انقضاء هذه السنة^(١) . وإذا بيع العقار المرهون ، جاز للمصرف استيفاء حصته ، فإذا تبين فيما بعد أنه مستحق لها صرفت له ، وإلا وزعت على سائر الدائنين^(٢) .

وقد نصت المادة ١٠٥٧ مدنى على أن « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلناً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً »^(٣) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذى يتنفل فيه الحساب أو الاعتماد ، فإن هذا الاتفاق لا ينفذ فى حق الغير ، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التى تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصل المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة إلى ما تسلمه فى الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى المخصص فيه فى العقد الأصل (استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩) .

(٢) وهنا رأى بتوزيع ثمن العقار على الدائنين الآخرين ، مع إلزامهم بتقديم ضمان على مكفل الوفاء بالمبالغ التقدير المحدد فى قائمة القيد لحق المصرف . وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريباً ، وقبل توزيع حصص الدائنين السابقين للمصرف فى الدفعة . أما الدائنون المتأخرون فى المرتبة من المصرف فتقضى حصصهم فى التوزيع .

مصر الدين الناشئ عن الحساب الجارى (ديلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٩٧٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه =

٢٤٠ - الإيراد المرتب مدى الحياة : وقد يكون الدين المضمون بالرهن إيراداً مرتباً مدى الحياة .

وقد استقر الفقه والقضاء الراجح في فرنسا على أن الدائن بهذا المرتب لا يستأثر برأس مال يعادل الأقساط العادية التي قد تستحق له ، لأن عدد هذه الأقساط غير معلوم ما دام المرتب الإيراد مدى حياته لم يمت .

وقد ذهب رأى إلى وجوب حبس رأس مال معين يودع بتوجيه المحكمة ، ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين الدائن من الحصول على مرتبه . ولكن يعاب على هذا الرأي أنه يصعب كثيراً تقدير رأس المال هذا لأن المرتب الإيراد على حياته لا يزال حياً ، ولا يعلم متى يموت .

وذهب رأى آخر ، وهو أصح من الناحية العملية ، إلى القول بأن ثمن العقار المرهون يوزع على سائر الدائنين بحسب مراتبهم . ولكن يشترط أن الدائنين المتأخرين عن الإيراد المرتب يتعهدون متضامنين بأداء المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية . وقد يضاف وجوب تقديم ضمان عيني يعوض الدائن بالمرتب ما فاتته من زوال الرهن المقرر على العقار (١) .

= مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وتحدد هذه المرتبة بالرقم المتتابع للقيود . فإذا تقدم أشخاص متعددون في وقت واحد ، لقيود رهونهم ضد مدين واحد ، وعل عقار واحد ، فيكون قيد هذه الرهون تحت رقم واحد ، ويعتبر هؤلاء الدائنون عند التوزيع في مرتبة واحدة » . ووافق مجلس النواب ، تحت رقم ١١٤٣٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد المقررة في قانون تنظيم الشهر العقارى ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٢ - ص ٨٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(١) انظر بلانبول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦ - شمس الدين الركيل ٩٧ ص

٢٤١ - ملحقات الدين المضمونة بالرهن - نفس قانوني : تنص

المادة ١٠٥٨ مدني على ما يأتي :

١ - يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد

إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها .

٢ - وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فإن يترتب على قيد الرهن

أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين

السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ

إلى يوم رسو المزااد دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد

أخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها . وإذا سجل أحد

للدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل^(١) .

وقد سبق أن بينا أن هناك ديوناً تلحق بأصل الدين ، يضمها الرهن

دون أن تذكر ، وهذه هي : (١) مصروفات العقد ومصروفات القيد

ومصروفات التجديد . (٢) فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع

الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى

يوم رسو المزااد ..

وهذه الديون (المصروفات والفوائد) يضمها الرهن بمرتبة دون ذكر

خاص ، وما عداها من ملحقات الدين ، كالعقارات بالتخصيص والفوائد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم

١١٥٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ

تحت رقم ١٠٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ - ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٨ / ٦٩٢ : يترتب على تسجيل للرهن أن يكون المرحون

تأميناً على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إن كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع

الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع ثمن العقار المملوك . (انظر صدر)

أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(انظر مادتين محذوفتين : مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٥ - ص ٨٩ في الهامش)

قبل السنتين السابقتين على تسجيل التنبية وكذلك أى شيء آخر يراد إدخاله في ضمان الرهن ، لا بد من ذكره ذكراً خاصاً في عقد الرهن وكذلك في القيد .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق الدائن ، ويكفل من الحماية ما يؤمنه من بقاء إجراءات التنفيذ . ثم يخفف بحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزارد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له ، (١) .

والمقصود بالفوائد التى توزع على الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ولو كان الدائن الآخر دائناً عادياً ، هى الفوائد التى تستحق بعد يوم رسو المزارد ، والتى قد يدفعها الراسى عليه المزارد أو خزانة المحكمة ، فلأنها تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ، ولو كان الدائن الآخر دائناً عادياً .

ونعرض بعد ذلك لصور من التزام مع الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

٢٤٢ - التزام بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن آخر مرتهن

رهناً رسمياً : إذا تزامم دائنان مرتهنان رهناً رسمياً ، فالعبرة بالأمسية في القيد . والموظف المختص يذكر يوم وساعة تقديم الطلب ، فمن كان طلبه أسبق ولو بساعة يتقدم على الطالب المتأخر . فإذا قدم الاثنان طلبيهما في يوم واحد وفى ساعة واحدة ، تعادلا ولا يتقدم أحدهما على الآخر ، بل يكون الاثنان فى مرتبة واحدة .

على أنه إذا رهن أحد الشركاء حصة شائعة أو جزءاً مفرزاً في عقار

مملوك على الشبوع ، ثم انتقل هذا الرهن إلى عقار وقع في نصيب الشريك الراهن ، فإن هذا الانتقال يتم وفقاً لإجراءات معينة ، ويقتضى إجراء قيد جديد للاحتفاظ بمرتبة الرهن السابقة (م ١٠٣٩ مدني) . ولكن الاحتفاظ بهذه المرتبة بموجب هذا الإجراء لا يجوز أن يضر برهن تقرر على العقار ، وكان صادراً من جميع الشركاء . ولذلك عند ما يتزاحم دائن مرتين من شريك واحد استقر حقه على العقار الذي انتقل إليه الرهن ، والدائن المرهن من جميع الشركاء فضل هذا الدائن المرتين من جميع الشركاء .

وقد تقدم ذكر ذلك فيما مر .

٢٤٣ - التزام بين دائن مرتين رهناً رسمياً ودائناً له هو امتياز عام : المفروض هنا أنه يوجد دائن مرتين رهناً رسمياً على عقار ، ويتزاحم معه دائن آخر غير مرتين ولكن له امتياز عام .

وقد نصت المادة ٢/١١٣٤ مدني على أن « حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيها حق التبعية . ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز آخر أو أي حق رهن رسمي ، مهما كان تاريخ قبده » .

وجاء أيضاً في المادة ٢/١١٣٨ مدني ، بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية ، أن « تستوفي هذه المبالغ قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي » .

وجاء أيضاً في المادة ٢/١١٣٨ مدني ، بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية ، أن « تستوفي هذه المبالغ قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي » .

وجاء في المادة ١١٣٩/٢ مدني ، بالنسبة إلى المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، « وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر . ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي » عدا المصروفات القضائية .

ويستفاد من كل هذه النصوص أن الدائن المزود بحق امتياز عام ، وهو لا يشتر ، يفضل على الدائن المرتهن رهناً رسمياً أيّاً كان تاريخ قيده .

٢٤٤ - التزام بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن مزود بتأمين

عقارى خاص : والدائن المزود بتأمين عقارى خاص مثله دائن مرتهن رهناً حيازياً ، ودائن تقرر له حق اختصاص ، ودائن مزود بامتياز عقارى خاص .

تكون الأفضلية هنا للدائن الأسبق في القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن رهناً رسمياً تقدم عليهم جميعاً ، وإلا تقدم من الدائنين الآخرين من كان أسبق في القيد .

وهناك استثناءات ثلاثة :

(١) نصت المادة ١١٤٨ مدني على أن « ١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

ولكن نصت المادة ١١٣٦ مدني على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك . ما لم يتفق على غير ذلك . مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ » .

(٢) نصت المادة ١٠٤٩ مدني على أن « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

وهذا الامتياز يتقدم على حق الدائن المرتهن من شريك على الشيوع ، إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التي رهنّت أصلاً^(١).

(٣) ويتعلق هذا الاستثناء بحق الاختصاص من دائن يعلم أن المدين رهن العقار ، المأخوذ عليه حق اختصاص ، من قبل لدائن آخر . هنا تثبت الأولوية للدائن المرتهن حتى لو كان الاختصاص مقيداً في تاريخ سابق على قيد الرهن ، ما دام صاحب الاختصاص كان على علم بسبق تقرير الرهن^(٢).

٢ § - المال المرهون

٢٤٥ - المال الذي حل محل العقار المرهون : رأينا أن المادة ١٠٥٦

مدني تنص على أن « يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ... » .

ونصت المادة ١٠٤٩ مدني على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقدر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

فالدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون فحسب ، بل أيضاً يستوفيه من المال الذي حل محل العقار المرهون^(٣) . ذلك أن هذا

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

(٣) وهذا الحكم أيضاً ينطبق على حق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز . جاء في المادة ١٠٩٥ مدني ، بالنسبة إلى حق الاختصاص ، أنه يسرى عليه ما يتضمنه الرهن الرسمي من أحكام . ونصت المادة ٧٧٠ مدني على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي =

الحق يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، وهذه القيمة الاقتصادية تتمثل في قيمة المال الذي حل محل العقار المرهون .

والصورة المأمونة لتحويل العقار المرهون إلى مقابل نقدي هي بيعه بيعاً جبرياً ، واستيفاء الحق من الثمن الذي رسا به المزايد . والبيع طريقة لتقويم العقار بمبلغ من النقود ، وتوجد طرق أخرى كمبلغ التعويض وعرض التأمين وما يستحق عن نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة .

ونقتصر هنا على استعراض هذه الحالات الثلاث : مبلغ التعويض ، وعرض التأمين ، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٢٤٦ - مبلغ التعويض : نفرض هنا أن العقار المرهون قد هلك أو تلف بخطأ الغير ، فيكون على الغير أن يدفع مبلغ التعويض . وقد حل مبلغ التعويض هذا محل العقار المرهون ، فينتقل إليه حق الرهن ، ويباشر عليه حق التقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

ويجب على الدائن المرتهن الذي يرغب في المحافظة على حقه أن يبادر ، فور هلاك العقار المرهون أو تلفه ، إلى إخطار المسئول عن هذا الهلاك أو التلف بالامتناع عن أداء التعويض إلى الراهن ، لأن العقار الهالك أو التالف مرهون .

ويجوز للدائن المرتهن أن يبادر إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، والغير هنا هو المسئول عن الهلاك أو التلف ، والمدين هو صاحب العقار المرهون .

= أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية . انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمتنفيذ عقد التأمين . ونصت المادة ١١٠٢ / ٢ مدني حل أنه « تسرى حل الرهن الجبازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتماقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . ونصت المادة ١١٣٥ مدني حل أنه « يسرى على الامتياز ما يسرى على حق الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء . أو تلفه » .

ومن ثم يلجأ الدائن المرتهن إلى حجز ما لصاحب العقار المرهون وهو المدين ، لدى المستول عن التلف أو الهلاك وهو الغير ، من تعويض مستحق بسبب التلف أو الهلاك .

٢٤٧ — عوض التأمين : والمفروض هنا أن العقار المرهون كان مؤمناً عليه ، فاحترق مثلاً ، فاستحق عوض التأمين .

وقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى أن شركة التأمين لا تؤدي عوض التأمين ، بل تحتفظ به لأن الرهن قد شهر بالقيد . وقد يقال هنا إن شهر الرهن لم يشرع لإخطار الناس كافة بوجود الرهن ، بل شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن في العقار المرهون ، فيحكم التزامهم بينهم قاعدة الأسبقية في الشهر .

واتجه الفقه الغالب في فرنسا إلى القول بأن على الدائن المرتهن ، إذا ما هلك العقار أو تلف ، أن يبادر إلى إخطار شركة التأمين بوجود رهنه . وإخطار الشركة في الوقت المناسب بمنعها من دفع عوض التأمين إلى صاحب العقار المرهون ، والتربص به حتى يسوى الخلاف بين الراهن والدائن المرتهن ، أو حتى يستوفى الدائن المرتهن مطلوبه من شركة التأمين .

ولكن المادة ٢/٧٧٠ مدني مصري تنص ، كما رأينا ، على أنه « إذا شهرت هذه الحقوق (التأمينات العينية التبعية) أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه ، فلا يجوز له أن يدفع ما في ذمته له إلا برضاء الدائنين » . ومعنى ذلك أنه يكفي شهر حق الدائن المرتهن رهنأ رسمياً ، وكل دائن آخر له حق عيني تبعي عقارى . لوقف شركة التأمين عن دفع ما في ذمتها لصاحب العقار المرهون . إلا برضاء الدائن المرتهن رهنأ رسمياً أو غيره من الدائنين ذوي الحقوق العينية التبعية العقارية . فيجب إذن الاكتفاء بشهر حق الرهن الرسمي ، وعلى شركة التأمين أن تعرف ذلك من الرجوع إلى دفاتر الشهر ، وهذا هو الرأي لأول .

٢٤٨ - مقابل نزاع الملكية للمخضفة العامة : تكفل القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ببيان طرق حماية أصحاب الحقوق العينية التبعية . فنصت المادة ٦ من هذا القانون على ما يأتي : « تعد المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سافة الذكر ، تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها ومواقفها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي تقدر خم . وتعرض هذه الكشوف ، ومعها خرائط تبين مواقع هذه الممتلكات . في المقر الرئيسي للمصلحة ، وفي المكتب التابع لها بعاصمة المديرية أو المحافظة ، وفي مقر العمدة أو مقر البوليس . لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض ، بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ويسبق هذا العرض إعلان في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار . يشمل بيان المشروع ، والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الماكن المذكورة » . وتقول المادة ٧ من القانون المذكور إن « لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق ، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف ، الاعتراض على البيانات الواردة فيها وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة في الكشوف المتقدمة الذكر ، وجب أن يرفق بكافة المستندات المؤيدة له . وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض ، وأرقامها » . وتقرر المادة ١١ من القانون المتقدم الذكر أن « على المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية أن تحقق في المعارضات التي يقدمها أصحاب الشأن طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٧ . لتقرير دفع التعويض المستحق . ويكون قيام المصلحة بأداء التعويض في هذه الحالة على مسئوليتها . وإذا قام مانع يحول دون دفع التعويض المستحق . وجب على المصلحة إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . وبالأسباب التي تحول دون دفع التعويض ، والشروط الواجب استيفائها بمعرفتهم . وتظل المبالغ التي يشملها النزاع بالبيانات المصلحة . لحين استيفاء شروط الدفع » .

وبستفاد مما تقدم أن القانون كفل للدائن المرتهن الوسيلة لمنع الراهن من استيفاء التعويض المستحق له ، بأن مكن الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بالإعلان عن الكيف الذى يتضمن بيان العقار وتدابير التعويض . وعلى الدائن ، للمحافظة على حقه ، أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق ، للجهة الحكومية التى تقوم بنزع الملكية . ودلى الجهة الحكومية المذكورة أن تمتنع عن أداء التعويض للراهن ، وتحتفظ به فى خزانة مخصصة لذلك ، لحساب أصحاب الحقوق المقيدة .

٢٤٩ - ثمن العقار وملحقاته : فحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يمتد

إلى ما على محل العقار من مال ، كما رأينا .

وهو قبل كل شيء يتركز فى ثمن العقار وملحقاته ، والملحقات تتناول بصفة خاصة حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والإنشاءات والتحسينات دون حاجة للنص على ذلك فى عقد الرهن . وإذا أراد الراهن إخراج هذه الملحقات ، وجب الاتفاق على ذلك صراحة^(١) .

ويلحق بالعقار المرهون أيضاً ما يفلح من ثمار عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار .

وقد يعترض حق الدائن ، وهو فى سبيل التنفيذ على العقارات بالتخصيص باعتبارها من ملحقات العقار ، وجود امتياز بائع المنقول الذى كسب صفة العقار باعتباره عقاراً بالتخصيص ، وهو امتياز يضمن الوفاء بثمنه .

٢٥٠ - الزام بين هو الدائن المرتهن وهو امتياز بائع المنقول الملحق

بالعقار المرهون باعتباره عقاراً بالتخصيص : نفرض هنا أن شخصاً اشترى منقولاً ولم يدفع ثمنه ، ثم خصص المنقول لخدمة عقار ، فأصبح عقاراً

(١) لنقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ من ٤٢٠ .

بالتخصيص . ثم رهن العقار رهناً رسمياً . فأصبح المنقول مثقلاً بحقين عينين . حتى امتياز بائعه بالثمن باعتبار أن مشتري المنقول لم يدفع ثمنه ، وحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وقد امتد إلى المنقول باعتباره قد أصبح عقاراً بالتخصيص وألحق بالعقار المرهون . فمن من الدائنين يسبق الآخر ، بائع المنقول بالثمن الذي لم يدفع . أو المرتهن رهناً رسمياً باعتباره مرتهناً للمنقول على أساس أنه أصبح عقاراً بالتخصيص ؟ .

اتجه جانب من الفقه إلى أن بائع المنقول لا يتأثر امتياز به بحق الدائنين المرتهن ، لأن كسب المنقول لصفة العقار هو مجرد افتراض قانوني لا يصح أن يضر ببائع المنقول . وليس في نصوص القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن عليه (١) .

ويذهب جمهور الشراح إلى تفضيل الدائن المرتهن للعقار على بائع المنقول (٢) .

وقد نصت المادة ١١٤٥ مدني على أن « ما يستحق لبائع المنقول من

(١) چوسران ٢ فقرة ١٨٦٠ - ويقول لتدعيم رأيه بأن بائع المنقول ليس له من ضمان حتى سوى المنقول المبيع ، في حين أن حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يكفل العقار الأصل المرهون ، والعقار بالتخصيص ليس إلا مالا إضافياً - وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٩ وفقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ - ص ٧٥٢ : ويقول إن المادة ١١٤٥ / ١ مدني صريحة في أن امتياز بائع المنقول يبقى قائماً ما دام المبيع محفظاً بذاتيه ، والشئ لا يفقد ذاتيته بمجرد أن يصير عقاراً بالتخصيص : فقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ .

(٢) پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ١٩٣ - بيدان وفوران ١٣ فقرة ٥١٢ - پلانيول وريپير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٣٧٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٥٤٧ - أنجيكلاويدي دلاوز ٤ ص ٢٤٨ فقرة ١٥٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٧٩ - سليمان مرسى فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٩٢ .

وقد جاء في المادة ٢٠ من قانون الرهن البلجيكي ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن ، وذلك حماية للائتمان العقاري (رينيه ديكرز : الموجز في القانون المدني البلجيكي ١٩٥٥ جزء ٢ فقرة ١٥٢٩ ص ٨٩٢) .

النحن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الالتزام قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

فامتياز بائع المنقول يزول إذا اصطدم بحق كسبه الغير بحسن نية ، أى كسبه الغير دون أن يعلم باعتدائه على امتياز بائع المنقول ، وذلك دعماً للائتمان العقاري .

فإذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً حسن النية زاحم شخصاً آخر قيد القانون حقه بالألا يصطدم مع حسن نية شخص كسب حقه على نفس المال ، فلا شك في أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً هو الذى يفضل ما دام حسن النية ، أى لا يعلم أنه يعتدى على امتياز البائع .

اذلك تكون الأفضلية في الفرض الذى نحن بصددده للدائن المرتهن رهناً رسمياً على بائع المنقول ، إلى أن يثبت بائع المنقول أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً كان يعلم وقت أن ارتهن أن رهنه يهدر حق بائع المنقول (١) .

ويجب عدم التفريق ، في تخصيص المنقول لخدمة العقار ، بين ما إذا

(١) وقد كانت المادة ١٤٤٣ / ٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « لا أثر للرهن في الحقوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات البيع المرهونة » .

وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إن الرهن الذى يمتد إلى الملحقات لا يؤثر في حقوق الغير . فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها ، وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى » .

وقد تليت هذه المادة على لجنة المراجعة ، فحذفت هذه الفقرة الثانية ، وقد نصت على عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين .

فيظهر مما تقدم أن إرادة المشرع انصرفت في البداية إلى حماية كل من كسب حقاً على ملحقات العقار قبل رهنه ، مثل بائع المنقول . ثم عدل عن هذا الاتجاه ومراعاة تعديل الحكم ، ولم يحكم إلا امتياز المقاول والمهندس المعماري بالنسبة إلى المبالغ المستحقة من التحسينات والإنشاءات .

دان هذا التخصيص قد تقرر قبل تقرر الرهن أو في تاريخ لاحق عليه ، فإن هذا التاريخ لا يحس حسن نية الدائن المرتهن (١) .

٢٥١ - تنفيذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المرهون المملوك

للكفيل العيني : وفي كل ما قدمناه ، ينفذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المرهون المملوك للمدين . وعلى المالك الذي حل محل هذا العقار . بى أن الدائن المرتهن قد لا ينفذ على عقار المدين أو المالك الذي حل محل هذا العقار ، ولكن ينفذ على العقار المرهون المملوك للكفيل العيني . بفرض أن مالك العقار المرهون هو غير المدين .

وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدنى على أنه « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ويستفاد من هذا النص أن الكفيل العيني تركز مسؤوليته عن الدين المضمون في حدود العقار المرهون . وإذا شرع الدائن في إرادات التنفيذ على العقار المرهون ، فلا يحق للكفيل العيني أن يردده عن ذلك بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولاً ، لأن الدفع بالتجريد غير جائز للكفيل العيني ، بخلاف الكفيل الشخصى غير المتضامن فله أن يدفع بالتجريد بإرشاد الدائن إلى وجود أموال لدى المدين لا بد من البدء بالتنفيذ عليها (٢) .

(١) ويلاحظ أن بائع المنقول يستطيع أن يتخلص من هذا التزامه . فاعليه إلا أن يخطر الدائن المرتهن ، قبل أن يأخذ هذا الدائن حق الرهن ، بأنه لم يستوف الثمن وأن امتيازاه لا يزال قائماً . فمثل هذا الإجراء ينشئ عن الدائن المرتهن حسن النية ، فيتقدم عليه بائع المنقول .

انظر في هذا الموضوع بيدان وفواران ١٣ فقرة ٥١٢ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ - د ٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٧٩ - سليمان مرقس فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ - شمس الدين اتوكيل فقرة ٩٢ .

(٢) وقد نصت المادة ٤٠١ من تقنين المرافعات الجديد على أن « يبدأ التنفيذ بإعلان »

فالواجب إذن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ضد الكفيل العيني لا ضد المدين ، واعتبار الكفيل العيني هو المدين في حدود عقاره المرهون كما هي حنيفة الأمر .

وبلاحظ في هذا الشأن أن الكفيل العيني ليس له أن يتخذ إجراءات التطهير ، لأنه مدين في حدود قيمة العقار المرهون ، أما الحائز للعقار فيتخذ إجراءات التطهير كما سئى لأنه غير مدين .

٢٥٢ - من المرتهن بشمل هذه عقارات - مبدأ عدم تجزئة الرهن :
والمفروض هنا أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً له رهن رسمي على عدة عقارات ، وعلى هذه العقارات رهون تالية لدائنين آخرين . وقد بيعت هذه العقارات ، ويراد توزيع ثمنها على الدائنين .

ومبدأ عدم تجزئة الرهن يبيح للدائن المرتهن الأول أن يتقدم في التوزيع في ثمن عقار منها بكامل حقه المضمون ، ولا يجوز للدائنين الآخرين أن

= التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه . . . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكايف المدين بالوفاء للمادة ٧٨١ هـ .

وجاء في المذكرة الإيضاحية : « استحدث المشروع الحكم الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠١ منه لمعالجة حالة التنفيذ على عقار الكفيل العيني التي لم يورد القانون القائم تنظيمها لها - ولم ير المشروع الأخذ بما ذهبت إليه بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الإيطالي (م ٦٠٢ - ٦٠٤) من تطبيق قواعد التنفيذ في مواجهة حائز العقار على حالة الكفيل العيني ، ذلك أن حائز العقار قد انتقلت إليه ملكية العقار من المدين ، أما عقار الكفيل العيني فلم يكن قط مملوكاً للمدين ، فن البعث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علانية للمدين به ولا يتصور أن يتعامل فيه مع أحد . ومن ناحية أخرى ، فإن حماية الغير تقتضي ألا يكون العقار محجوزاً إلا بإجراء يشهر باسم الكفيل العيني . ذلك أنه لو سجل التنبيه باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزاً ، فإن الغير قد يشتري العقار من الكفيل العيني ، دون أن يكون في استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه . لهذا روى أن يكون التنفيذ بتسليم نزع الملكية وتسجيلها بالتنبيه باسم الكفيل العيني . وبهذا التسجيل ، وليس بإجراء قبله أياً كان ، تترتب آثار الحجز .
وعمل أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بإرفاء ، لأنه هو المسؤول شخصياً عن الدين » .

يجبروه على استعمال حقه على عقار دون عقار ، ولا أن يقصر تقدمه في توزيع على جزء من حقه^(١) .

ولكن هذا لا يمنع الدائن المرتهن أن يجزئ من ثمن نفسه ، وأن يتقدم في التوزيع ببعض المستحق له إذا كان التوزيع وارد على ثمن بعض العقارات المرهونة ، مع حفظ ما يبقى مما يستحق له بالنسبة إلى ثمن الباقي من العقارات .

فالدائن صاحب الرهن على العقارات المتعددة ، بما فيها العقار الجارى توزيع ثمنه ، يكون له الخيار ، إن شاء تقدم في التوزيع بكامل حقه ، وإن شاء تقدم ببعض هذا الحق واحتفظ بالباقي على العقارات الأخرى ، وإن شاء نزل عن حقه في هذا التوزيع واكتفى باستعمال حقه على العقارات الأخرى^(٢) .

أما إذا كان التوزيع وارداً على ثمن جميع العقارات ، فلا يحول مبدأ عدم تجزئة الرهن دون إجبار الدائن على تقسيم حقه بنسبة العقارات المختلفة ، فيدخل في قائمة توزيع ثمن كل عقار بجزء من دينه يساوى النسبة بين هذا العقار ومجموع العقارات الأخرى المرهونة له ، إذ أن الدائن سيستوفي حقه كاملاً من جملة هذه التوزيعات ، وهو لن يضطر إلى اتخاذ إجراءات متعددة ما دامت الإجراءات قد تمت ولم يبق منها إلا توزيع الثمن ، فلا مصلحة له في أن يتمسك بحقه كاملاً على أحد العقارات دون الباقي^(٣) .

٢٥٣ - إساءة الرائن المرتهن رهناً رسمياً باستعمال مفدى التقدم :

وقد رأينا فيما تقدم أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً الذى يشمل رهنه عدة

(١) استئناف مخطوط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ٨٣ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م

٤٢ ص ٤٦١ .

(٣) انظر في ذلك سليمان مرتضى فقرة ١٢٦ .

عقارات ، يكون له خيار التنفيذ بكامل حقه على عقار من هذه العقارات أو على بعضها أو عليها جميعاً . وقد يترتب على اختياره إلحاق ضرر ببعض الدائنين الآخرين ، فوجب ألا يتوخى في اختياره إلحاق ضرر بدائنين معينين إيثاراً لدائنين آخر متأخر في الترتيب (١) .

على أنه يجب التأمي طويلاً قبل القول بأن الدائن قد تعسف في استعمال حقه ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه الدائن المرتهن الذي يبدأ بالتنفيذ على ما هو باق في ذمة الراهن من الأموال المرهونة ، ويترك الأموال التي حصل التصرف فيها للتنفيذ عليها فيما بعد في يد حائزها إذا لم يف التنفيذ الأول بجميع حقوقه (٢) .

ومع ذلك يظهر أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً قد أساء استعمال حقه إذا كان له رهن بألف جنيه على العقارين (أ) و (ب) بقيمة كل منهما ألف جنيه . وارتهن دائن ثان بعد ذلك العقارين (أ) و (ب) على ألف جنيه وارتهن دائن ثالث العقار (أ) على ألف جنيه وهو في مرتبة واحدة مع الدائن الثاني . ثم نفذ الدائن الأول بدينه على العقار (أ) وحده ، فاستوفى منه حقه ولم يترك شيئاً للدائن الثالث . واستوفى الدائن الثاني كل حقه من العقار (ب) . فإذا أثبت الدائن الثالث أن الدائن الأول لم تكن له أية مصلحة في اختيار العقار (أ) بل إنه عمد إلى ذلك بقصد الإضرار بالدائنين الثالث لمصلحة الدائن الثاني ، جازت مطالبة الدائن الأول بتعويض هذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا نزل الدائن المرتهن من حق الرهن على بعض العقارات المرهونة له وبأثر هذا الحق على بعض آخر آلت ملكيته إلى حائز ، فليس للحائز أن يدفع الإجراءات المواجهة ضده بحجة أن الدائن قد أضاع التأمينات الأخرى التي كان يحق للحائز أن يحل فيها محل الدائن المرتهن ، ما لم يثبت أن قزول الدائن من بعض الرهن كان نتيجة تدليس منه أو حصل بقصد الإضرار بالحائز (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٨) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٩ .

الضرر . إذ كان يستطيع الدائن الأول أن ينفذ على العقارات ، فيصل إلى كل حقه ، ويبقى العقار (أ) للدائنين المرتهنيين الثاني والثالث وهما في مرتبة واحدة ، فينال كل منهما من ثمن العقار (أ) ٥٠٠ جنيه^(١).

(١) وقد كان مشروع التقنين المدني يتضمن نصا هو نص المادة ١٤٨٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز لدائن له رهن على عدة عقارات أن يتنازل عن رهنه على أحد هذه العقارات ، أو أن يمتنع باختياره من الدخول في إجراءات التوزيع الخاصة بهذا العقار ، بقصد إظهار دائن على دائن آخر سابق في المرتبة ، وإلا حق عليه التعويض . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان التنازل أو الامتناع من الدخول في إجراءات التوزيع مقصودا به إظهار حائز على دائن له رهن سابق في القيد ، أو إظهار حائز على حائز آخر سابق في التسجيل » .

وحتى يكون هذا النص منطقياً على المثل الذي أوردناه ، ندخل على هذا المثل التعديل الآتي : نفرض أن الدائن الثالث هو الدائن الثاني ، وقد أخذ رهنا على العقار (أ) فقط كان فيه هو الدائن الثاني ، في حين أن الدائن الثالث الذي بعده أخذ رهنا على العقار (أ) ورهنا على العقار (ب) . حينئذ يكون الدائن الثاني سابقاً على الدائن الثالث في العقار (أ) . فيأتي الدائن المرتهن الأول ويستوفي حقه من العقار (أ) وحده ، فيأخذه كله ، ولا يبقى شيئاً للدائنين الثاني والثالث . فحينئذ لا يستطيع الدائن الثاني ، وهو أسبق من الدائن الثالث على العقار (أ) أن يأخذ شيئاً ، لأنه لم يكن مرتبها إلا العقار (أ) . ويأتي للدائن الثالث ، وهو متأخر في الترتيب من الدائن الثاني في العقار ، (أ) فيجد العقار (ب) الذي ارتبته ، وقد أصبح فيه الدائن الأول بعد أن استوفى الدائن الأول كل حقه من العقار (أ) ، فيستوفي منه كل حقه . وبذلك يستوفي الدائنان الأول والثالث كل منهما حقه ، ويضمح الدائن الثاني فلا يأخذ شيئاً مع أنه أسبق في الترتيب على العقار (أ) من الدائن الثالث . فلو استوفى الدائن الأول كل حقه من العقار (ب) بدلا من العقار (أ) ، لترك العقار (أ) للدائنين الثاني والثالث ، فيتقدم الثاني على الثالث ويستوفي كل حقه ، ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً . وكان هنا طبيعياً ، وأكثر اتفاقاً مع موقفه الدائنين الثلاثة . ولكن لما اختار الدائن الأول العقار (أ) ليأخذ منه كل حقه دون سبب ظاهر ، أضاع الدائن الثاني ، فيعتبر اختيار الدائن الأول للعقار (أ) دون العقار (ب) من غير سبب ظاهر ، تعسفاً من الدائن الأول في استعمال حقه .

ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت المادة ١٤٨٠ ، اكفاء بالقواعد العامة . ويمكن تطبيق القواعد العامة ، بما في ذلك قاعدة التعسف في استعمال الحق ، للوصول إلى هذه النتيجة (انظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٢٧ ص ٢٠١) .

وقد نصت المادة ١٤٨١ من المشروع التمهيدى على ما يأتي : « ١ - إذا كان للدائن المرتهن لم يتمكن من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، بسبب أن هذا الثمن قد دفع لدائن -

٥ ٣ - نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر

٢٥٤ - نص قانوني: تنص المادة ١٠٥٩ مدني على ما يأتي :

« ندائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه . في حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، مصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول . عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة » (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : « أجاز هذا النص نزول الدائن المرتهن ، عن الرهن ذاته كما في الحلول الشخصي ، بل عن مرتبة الرهن إلى دائن آخر تال في المرتبة ، فيصبح كل منهما في مرتبة الآخر ، وذلك بقيدتين : (١) أن الدائن الذي يحل في المرتبة لا يحل في حق أكبر من الحق الذي كانت له

= مرتهن يسبق في المرتبة ، ولكن رهنه يشمل عذارات أخرى ، فإن الدائن الذي لم يتمكن من استيفاء حقه يحل في الرهن على هذه العذارات الأخرى محل للدائن الذي دفع له الثمن . وعليه أن يؤثر بهذا الحلول ليمكن من مباشرة دعوى الرهن ، متقدماً بمرتبة رهنه الأول على الدائنين نفس الحق إذا لم يستطيعوا أيضاً استيفاء حقوقهم بسبب هذا الحلول . ٢ - ومع ذلك لا يجوز استعمال حق الحلول على عقار تصرف فيه المدين في تاريخ سابق على قيد رهن الدائن الذي لم يتمكن من استيفاء حقه ، أو على عقار رهنه شخص آخر غير المدين . غير أن لجنة مجلس الشيوخ خذفت هذه المادة لتفادي الصعوبات العملية التي تعرض في تطبيق أحكامها ، وترك الأمر للتواعد العامة . ووافق مجلس الشيوخ على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٦ - ٨٩ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٢ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في الترتين الملفن الجديد . ووافقت عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٠ - ٩٢) .

التفسير المنطوق : لا مقابل .

هذه المرتبة وهذا بديهي . (٢) أن تقبل ضد الدائن الذي حل في المرتبة كل الدفع التي كانت فقبل ضد الدائن الذي كانت له هذه المرتبة ، إلا إذا كان الدفع متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن في تاريخ لاحق للنزول عن المرتبة . وهذا أيضاً ظاهر^(١) .

ونبحث هنا : (١) الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته .
(٢) لماذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه . (٣) شروط النزول عن مرتبة الرهن .

٢٥٥ - الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته : هناك

فرق بين النزول عن الرهن ذاته والنزول عن مرتبته فقط .
والنزول عن الرهن ذاته هو الغالب في العمل . وينزل الدائن المرتهن رهنه رسمياً عن الرهن ذاته عادة عن طريق حوالة الحق المضمون بالرهن . فيرتب على حوالة هذا الحق أن ينتقل الحق إلى المحال له ، وينتقل معه الرهن ذاته الذي يضمن هذا الحق ، فيستفيد المحال له من الرهن بمرتبته (م ٣٠٧ مدني) .

كذلك يجوز النزول عن الرهن ذاته عن طريق الوفاء مع الحلول ، فيحل الموفي محل الدائن المرتهن رهنه رسمياً فيما له من رهن بنفس المرتبة . وحتى يستفيد المحال له أو الموفي من مرتبة الرهن ، يجب أن يوثق بالحوالة أو الحلول على هامش القيد الأصلي للرهن . وقد نصت المادة ٢/١٠٥٣ مدني ، في هذا الصدد . على ما يأتي : « لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق . ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر . إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩١ .

أما النزول عن مرتبة الرهن ، فهو دون ذلك . ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً لا ينزل عن الرهن ذاته ، بل ينزل عن مرتبته فقط . فإذا كان هو الدائن الأول ، ونزل عن مرتبة الرهن إلى الدائن المرتهن الثالث ، لم يحرّم الدائن الأول من حق رهنه ، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد أن كان الدائن الأول ، ويصبح الدائن الثالث هو الدائن الأول .

ويصح النزول عن المرتبة . لا في الرهن الرسمي فحسب . بل في حق الاختصاص وفي حق الرهن الحيازي وفي حقوق الامتياز ، كما يشعر به نص المادة ١٠٥٣/٢ إذ تقول في آخرها « التنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، وتقول في أولها « حق مضمون يتبين » (١) .

٢٥٦ - لما إذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه : والدائن المرتهن رهناً رسمياً لا ينزل عادة عن مرتبة رهنه ، إلا إذا كان هناك سبب يدعو للزول عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل .

(١) فهو لا ينزل عن مرتبته على سبيل التبرع ، دون أن يتقاضى عوضاً . ويتحقق ذلك في حالتين على الأقل . الحالة الأولى ، إذا كان له تأمين آخر غير العقار المرهون يعتمد عليه ، وفيحقه . فهو في هذه الحالة لا تعنيه مرتبة حقه على العقار المرهون ، بل ولا يعنيه الرهن الذي له على العقار المرهون ، إذ هو يعتمد على التأمين الآخر الذي يفى بحقه كاملاً . والحالة الثانية . إذا كان واثقاً بأن العقار المرهون يفي بجميع الديون المثبته لغاية الرهن الذي نزل الدائن المرتهن إلى مرتبته . ويكون هذا الوثوق غير كامل عند الدائن المتنازل لمصلحته ولذلك يعتمد هذا الدائن إلى الحصول على مرتبة أعلى .

(٢) وقد ينزل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن مرتبته معاوضة ،

(١) انظر عبد الغني عبد الباقي ص ٤٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٦ ص

١٢٧ - مصدر مذكور - فقرة ٥٩ ص ١٢٣ .

فيتقاضى من الدائن المتنازل لمصلحته نظيراً لهذا التنازل . وقد يكون الدافع للدائن المتنازل وثوقه من كفاية العقار المرهون لجميع الديون المرتبة عليه . وقد يكون الدافع إمكانية الدائن المتنازل الطعن في الديون التي تتخلل دينه ودين المتنازل له وإسقاطها جميعاً ، فإذا هو فعل لم يكد يخسر شيئاً بتنازله . وقد يكون الدافع له على التنازل كونه معتمداً على تأمين آخر ، كرهن آخر متمرر له على عقار وبنى بكل مطلوبه .

٢٥٧ - شروط النزول عن مرتبة الرهن : وهناك شرطان للنزول عن

مرتبة الرهن ، ذكرتهما المادة ١٠٤٩ مدنى ، وهما :

- (١) النزول عن مرتبة حق الرهن يكون فى حدود حق المتنازل .
- (٢) جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفع التى كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل ، إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن .

وهناك شرط ثالث يستخلص من نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وهو :

- (٣) ألا يضر النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بحق الدائن المتوسط .

ومنى نزل الدائن المرتهن عن مرتبته نزولاً قانونياً متوافرة فيه الشروط الثلاثة ، أصبح الدائن المتنازل له فى مرتبة الدائن المتنازل ، فى حدود حق الدائن المتنازل . وأصبح الدائن المتنازل فى مرتبة الدائن المتنازل له ، ويجرى توزيع ثمن العقار على هذا الوجه .

ونقول الآن كلمة عن كل من هذه الشروط الثلاثة .

٢٥٨ - النزول عن مرتبة الرهن فى حدود حق المتنازل : تقول المادة

١٠٥٩ مدنى كما رأينا :

« للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن ... » . ويفترض هذا النص أن هناك فرقاً بين دين المتنازل ودين المتنازل له . فإذا كان الدين الأول أكبر من الدين الثاني ، ارتفع الدائن المتنازل له بكل دينه ، وهو أصغر من دين المتنازل ، إلى مرتبة الدائن المتنازل . أما إذا كان دين المتنازل هو أصغر من دين المتنازل له ، فحينئذ لا يرتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل إلا في حدود دين المتنازل .

ونفرض أن دين المتنازل ٥٠٠ جنيه ، وأن دين المتنازل له ١٢٠٠ جنياً ، فإن المتنازل له لا يرتفع إلى المرتبة الأولى التي هي مرتبة المتنازل إلا في حدود ٥٠٠ جنيه . فيكون للمتنازل دينان ، أحدهما مقداره ٥٠٠ جنيه في المرتبة الأولى ، والآخر مقداره ٧٠٠ جنيه في مرتبته الأصلية ولا يرتفع .

وغنى عن البيان أنه لو كان دين المتنازل مساوياً لدين المتنازل له ، لم توجد صعوبة في المسألة ، وارتفع المتنازل له بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل .

٢٥٩ - جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفع التي لا يمكن التمسك

بها ضد المتنازل : وغنى عن البيان أنه إذا ارتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل في حدود دين المتنازل ، فإن المتنازل له يقبل ضده من الدفع ، فيما ارتفع به ، ما كان يقبل ضد المتنازل ، لأن المتنازل إنما تنازل مخضعاً تنازله لجميع الدفع التي كانت تقبل ضده .

فإذا تقدم المتنازل له بمبلغ ٥٠٠ جنيه مثلاً هي الدين الذي حصل على التنازل عن مرتبته ، جاز للدائن التالي له في القيد أن يدفع هذا الدين بجميع الدفع التي كان يستطيع بها دفع الدين وهو لا يزال في ذمة المتنازل ، وذلك إلى وقت حصول التنازل .

فيجوز لهذا الدائن التالي في المرتبة أن يدفع هذا الدين المتنازل عن مرتبته بأنه دين باطل لعدم مشروعية السبب أو لانعدام الرضاء ، أو بأنه دين قابل للإبطال لنقص في الأهلية أو لعب في الرضاء . وقد أبطله ناقص الأهلية أو حتى شابه رضاءه عيب . ويجوز الدفع بانقضاء الدين للوفاء به ، أو لتجديده ، أو للمقاصة ، أو للإبراء ، أو للتقادم ، أو لغير ذلك من أسباب نقضاء الالتزام (١) .

وهناك دفع واحد لا يدفع به ضد المتنازل له ، وهو أن يكون الدين قد انقضى بسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن . فقد يقع أن يكون الدين قد انتهى بالمقاصة أو بالإبراء ، وقد وقع أى منهما قبل النزول عن مرتبة الرهن ، فيجوز التمسك بهذا الدفع . أما إذا كان قد وقع بعد النزول عن مرتبة الرهن ، أى في فترة لا يملك فيها التنازل لا المقاصة ولا الإبراء ، فلا يجوز دفع الدين وقد أصبح الآن للمتنازل له لا للمتنازل .

٢٦٠ - عدم اضرار النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع

بالرأى المتوسط : وهنا نفرض أن الدائن الأول بألف جنيه له رهن أول على كل من العقارين (أ) و (ب) ، وقيمة كل منهما ألف جنيه . وأن الدائن الثانى ، وهو دائن بألف جنيه ، له رهنان في المرتبة الثانية على كل من العقارين (أ) و (ب) . وأن الدائن الثالث ، وهو دائن أيضاً بألف جنيه ، له رهن واحد ، هو الرهن الثالث على العقار (أ) .

(١) ويجوز الدفع بأن الرهن هو الباطل مع صحة الدين ، أو بأن الرهن قابل للإبطال وقد أبطل ، أو بأن الرهن قد انقضى بالنزول عنه أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، دون أن ينقضى الدين .

ويجوز الدفع بأن القيد باطل ، أو بأنه قد زال لأى سبب من أسباب الزوال . وكل دفع كان يصلح ضد المتنازل يصلح ضد المتنازل له ، لأن الدين واحد وقد انتمل بمرتبة العليا إلى المتنازل له .

ظاهر من هذا المثل أن كلا من الدائن الأول والدائن الثاني يستطيع أن يستوفي حقه كاملاً ، وأنهما لا يتركان شيئاً للدائن الثالث .

فلو أن الدائن الأول احتال متواطئاً في ذلك مع الدائن الثالث الذي لا يأخذ شيئاً كما رأينا ، فإنه يستطيع أن يفعل ما يأتي : ينزل في العقار (أ) عن مرتبة رهنه الأول إلى الدائن الثالث ، فيصبح الدائن الثالث دائناً أولاً في العقار (أ) .

ثم يجرى التوزيع في ثمن العقارين ، وقد بلغ ألى جنيه .
فيأخذ الدائن الثالث . وقد أصبح دائناً أولاً في العقار (أ) كل قيمة هذا العقار وهي ألف جنيه ، فيستوفي حقه كاملاً .

ويأخذ الدائن الأول حقه كاملاً من قيمة العقار (ب) فيستنفذ هذه القيمة ، والدائن الأول هو دائن أول بالنسبة إلى العقار (ب) .
أما الدائن الثاني فلا يبقى له شيء ، فلا يأخذ شيئاً .

هنا ظاهر أن الدائن الأول قد تعسف في استعمال حقه . ولو لم ينزل عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأخذ حقه كاملاً من العقار (أ) أو من العقار (ب) . ولأخذ الدائن الثاني حقه كاملاً مما يبقى له من العقارين (أ) أو (ب) ، ولما أخذ الدائن الثالث شيئاً .

فيجوز للدائن الثاني أن يطعن في تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأن هذا التنازل قد وقع من الدائن الأول تعسفاً في استعماله حقه ، للإضرار بحق الدائن الثاني^(١) . فيلغى تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، ويتقاسم الدائنون الثلاثة بعد هذا الإلغاء على الوجه الآتي : يأخذ الدائن الأول كل حقه من العقار (أ) أو من العقار (ب) . ثم يأخذ الدائن الثاني حقه كاملاً من العقار

(١) قرب بولانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٤٠١٠ .

للذى يبنى له ، (أ) أو (ب) . ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً (١) .
ويجب لنفاذ النزول عن مرتبة الرهن ، التأشير به فى هامش القيد
الأصلى (م ٢/١٠٥٣ مدنى) ، إلا إذا تم هذا النزول بعد البيع وإيداع
التمن (٢) .

المطلب الثانى

حق التتبع

٢٦١ - نص قانونى : تنص المادة ١٠٦٠ على ما يأتى :

١ - يجوز للدائن المرهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية
العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى
الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه .

٢ - ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأى سبب
من الأسباب ، ملكية هذا العقار ، أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن ،
دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن (٣) .

(١) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا
كان النزول عن مرتبة الرهن باطلاً لأى سبب متعلق بالشكل أو بالمرسوع ، فلا يجوز أن
يترتب على ذلك استبعاد الدينين من التوزيع ، بل يعتبر النزول كأن لم يكن ، وحساب كل من
الدينين وفق ترتيبه الأصل (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدق الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٢
فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم
١٠٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٣ - ص ٩٥) .

التقنين المدق السابق م ٥٧٤ / ٦٩٧ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار فى يد حائز
آخر ، لا يجوز للدائن المرهن أن يشرع فى نزع ملكيته إلا بعد التنبيه على الحائز للذكور
تنبيهاً رسمياً بدفع الدين أو بتخلى العقار ، وبعد مضي ثلاثين يوماً المقررة فى قانون المرافعات
لتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ١ - إذا انتقلت ملكية العقار المرهون (أو أى حق عيني على العقار قابل للرهن) إلى شخص غير الراهن . بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، ولو كان من طريق التقادم . وكان هذا الشخص غير مسئول شخصياً عن الدين . فإنه يسمى الحائز للعقار . ويتلقى العقار مثقلاً بالرهن . وللداهن المرتهن حق تتبع العقار وهو فى ملكيته . ويستطيع أن ينفذ عليه . فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية . إلا إذا اختار أن يدفع الدين . أو أن يطهر العقار من الرهن . أو أن يتخلى عن العقار المرهون . ٢ - وبلاحظ أن الوارث فى القانون الفرنسى ، وهو مسئول شخصياً عن دين المورث . لا يكون حائزاً للعقار المرهون . أما الوارث فى الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هو أيضاً حائزاً للعقار المرهون . ولكن لسبب آخر . فهو وإن لم يكن مسئولاً شخصياً عن دين المورث ، إلا أن المبدأ القاضى بالألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن . فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون . وإذا صفت التركة وفقاً للإجراءات التى نظمها المشروع ، ووقع فى نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين . طبقاً للقواعد التى سبق ذكرها فى تقسيم الديون المؤجلة على الورثة ، فإن الوارث يكون فى هذه الحالة مسئولاً شخصياً عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون . « أما الوصى له والشفيع ومن ملك بالتقادم ، فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار ، لهم حق الخيار المتقدم » (١).

ونبدأ أولاً ببيان الشروط الواجب توافرها فى الحائز للعقار المرهون .

= م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار فى أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى سiquه . أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي فى ذمة من ذمته ، أو يحل العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٤ - ص ٩٥ .

٢٦٢ - شروط الحائز للعقار المرهون : هذه الشروط هي . كما

يتبين من نص المادة ٢/١٠٦٠ الذى سبق ذكره :

(١) انتقال ملكية العقار المرهون (أو أى حق عيني قابل للرهن) إلى الحائز (tiers-détenteur) . فلا يعتبر مستأجر العقار حائزاً . لأنه لم تنتقل إليه ملكية . ولم تنتقل ملكية العقار أيضاً إلى واضع اليد إذا لم يكن كسب الملكية بالتقادم ، ولذلك لا يعتبر واضع اليد حائزاً . والدائن لا يتبع العقار في هاتين الحالتين . وإنما ينفذ على العقار في يد مالكة وهو الراهن . وإذا تصرف الراهن في عقارات بالتخصيص مرهونة تبعاً للعقار المرهون . فالتصرف يرد إلى هذه العقارات بالتخصيص طبيعتها المنقولة . وينفك عنها الرهن .

وإذا كان للعقار المرهون دائن مرتين آخر . فلا يتبع الدائن المرتين الأول العقار المرهون في مواجهة الدائن المرتين الثاني ، بل في مواجهة الراهن ، ويتحكم في التزام ما بين الدائن المرتين الأول والدائن المرتين الثاني الأسبقية في القيد .

(٢) انتقال ملكية العقار المرهون بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن ، لم يكن الرهن سارياً في مواجهته ، فلا يستطيع الدائن المرتين تتبع العقار في هذه الحالة في مواجهة الحائز . وإذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لم ينفذ التصرف للحائز ، واستطاع الدائن المرتين أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال في ملكية الراهن^(١) .

(٣) تسجيل سند الحائز ، إذا كان قد تلقى ملكية العقار المرهون بتصرف قانوني . فإذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بسبب قانوني

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن إنذار الحائز يكون واجباً في صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود ، في ذلك الطرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتين على مدينه بالوفاء وينذرهم بنزع الملكية (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٨٨) .

غير قابل للتسجيل ، فلا يتصور التسجيل في هذه الحالة . وعلى ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بالتقادم ، كان حائزاً ، ولا يجب عليه التسجيل . ويقع التسجيل غالباً إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بعقد بيع ، عند ذلك يجب على الحائز تسجيل البيع . ولما كان قيد الرهن سابقاً على تسجيل البيع ، فإن الدائن المرتهن يستطيع نزع العقار وهو في يد الحائز .

(٤) عدم توافر صفة المديونية في الحائز ، فلا يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين . وعلى ذلك لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن أو غير المتضامن ، ولا الكفيل الشخصي ، ولا الكفيل العيني . ولا يجوز لهؤلاء تطهير العقار ، وإنما أجاز للكفيل العيني التخلية لأنه غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون فيمكنه أن يتخلى عنه .

ولا يعتبر الوارث لراهن حائزاً للعقار المرهون . أما في القانون الفرنسي فظاهر ، لأن الوارث يرث الدين عن المدين ، فيصبح مسئولاً عنه . وأما في القانون المصري أو الشريعة الإسلامية ، فلا تركة إلا بعد سداد الديون ، فالوارث لا يرث العقار المرهون إلا بعد أن ينحل الرهن ، وعلى ذلك لا يملك وارث بالميراث عقاراً مرهوناً حتى يكون حائزاً^(١).

(٥) عدم ترتب زوال سلطة التبع على سند الحائز . فإذا انتقلت الملكية إلى شخص مطهورة من كل رهن ، لم يكن هذا الشخص حائزاً لأن الرهن قد زال . مثل ذلك إذا نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية نازعة الملكية ، وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق . وإذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار . وينصب حق الدائن المرتهن على الثمن الذي رسا به المزاد^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٢) انظر كذلك المادة ٧ من قانون الإصلاح الزراعى : « إذا كانت الأرض التى =

٣٦٣ - مباشرة التبليغ في مواجهة الحائز للعقار المرهون : وإذا توافر

في الشخص صفة الحائز طبقاً للشروط المتقدم ذكرها ، فقد نصت المادة ١٠٧٢ مدني على أنه « إذا لم يحتر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد » (١).

ويستخلص من ذلك أن الدائن يجب عليه اتخاذ إجراءات :

(١) التنبيه على المدين بالدفع ، ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار .
والمدين هو المسئول الأصلي عن الدين ، ومن الواجب إخطاره بالشروع في التنفيذ ، فقد يكون عنده دفع أو توقف السبر فيه .

= استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة ، إذا لم تحمل محل الدين أن تستبدل بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة

والقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد علي المصادرة لم ينتقل إلى الدولة ملكية المقارنات مطهرة من الرهون المقررة عليها ، وعلى ذلك يجوز للدائن أن يغذوا عليها في مواجهة لجنة تصفية الأموال المصادرة .

(١) ونصت المادة ٤١١ من تقنين المرافعات الجديد على أنه « إذا كان للعقار مثقلاً بتأمين عيني وآل إلى حائز به مقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار ، وإلا جرى التنفيذ في مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان باطلاً . ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز ، جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ . »

ونصت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد أيضاً على أنه « يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه . »

(٢) إنذار الحائز . وهو إنذار رسمي بالدفع أو استخلة . وليس لإنذار الحائز ميعاد في القانون . فيجوز الإنذار بعد التنبيه أو مع التنبيه . ولكن لا يجوز تقديم الإنذار على التنبيه . ويكون الإنذار بدفع الدين أو تخلة العقار المرهون ، ويجب أن يكون مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان باطلاً . والمراد بذلك هو إعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه . وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلاً . وأن يعرف كل ما تعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف في ضوء هذه المعلومات^(١) .

٢٦٤ - ماذا يفعل الحائز - سريانه الرهن في مواجهة الحائز :

قد يتمسك الحائز بأن إجراءات القيد لم تستكمل إلا في تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الصادر إليه ، أو أن الرهن سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، أو أن القيد قد زال أثر بالحو . فإذا تمسك الحائز بمثل هذه الدفوع ، رتب على نجاحه في ذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التبع .

٢٦٥ - وجود الدين وسريانه : وإذا ثبت الدين بحكم صدر على

المدين قبل تسجيل سند الحائز ، كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضي في مواجهة حائز العقار . فالحائز هو خلف خاص للمدين ، قدسرى على الحائز جميع الأحكام التي فصلت في التزامات بالعقار المرهون . ويجوز للحائز أن

(١) وقد أوجبت المادة ٤١٢ من تفنين المرافعات الجديد تسجيل الإنذار ، والتأثير بالتسجيل على هامش تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه . وليس المقصود من تسجيل الإنذار توقيع الحجز على اسم الحائز ، فإن حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه ، ولكن المقصود به هو استيفاء إجراءات للشهر العقاري ، حتى يتيسر لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بينة من أمر الإنذار .

ويلاحظ أن وقف الراهن بعد أن ارتبه الدائن ، يبيع لهذا الدائن تتبع العقار وهو موقوف . وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للدائن المرتهن حق تتبع العقار ، ولو وقف الراهن العقار بعد أن ارتبه الدائن (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٩٠) .

بتمسك بالدفع التي تستجد أسبابها بعد صدور الحكم ، كأنقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة .

وإذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز ، لم يكن الحكم حجة على الحائز ما لم يشترك في الدعوى ، ولا بد من اختصاص الحائز مع المدين . فإذا لم يختصم في الدعوى ، جاز له أن يتمسك بجميع الدفع التي كان في وسع المدين أن يحتج بها ، وإذا اختصم صار طرفاً في الدعوى ، فيمتنع عليه الاحتجاج بأي دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم .

فإن أخفقت كل هذه المحاولات ، انتقل الحائز إلى جميع الوسائل القانونية التي يحق له أن يختار إحداها لاتخاذ موقف في مواجهة الدائن .

٢٦٦ - الرسائل القانونية الممنوعة للحائز : قد يكون الحائز حريصاً

على الاحتفاظ بملكية العقار المرهون ، وفي هذه الحالة إما أن يقضي الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على العقار المرهون ، أو يلجأ إلى تطهير العقار مما عليه من الديون المقيدة بشرط أن يفعل ذلك قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وإنذار الحائز .

وقد يكون الحائز زاهداً في الإبقاء على ملكية العقار ، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فإذا حرص الحائز على عدم ظهور اسمه في الإجراءات فعليه أن يلجأ إلى وسيلة تخلية العقار .

وعلى ذلك يستطيع الحائز أن يلجأ إلى إحدى الوسائل القانونية الأربعة الآتية ، وهي : (١) قضاء الديون . (٢) تطهير العقار . (٣) تخلية العقار . (٤) تحمل إجراءات نزع الملكية .

وإن جانب هذه المسائل الأربع المتقدم ذكرها ، نتكلم في مسألة خامسة هي : موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد .

١٥ - قضاء الديون

٢٦٧- نص قانوني : تنص المادة ١٠٦١ مدني على ما يأتي :

« يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد . ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للختار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » (١) .

ونتكلم هنا في المسائل الآتية :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٤ من المشروع التمهيدي ، وكانت

تجرى على الوجه الآتي : « ١ - يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته . ويحل في هذه الحالة محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين . ٢ - ويبقى حق الحائز في عرض مبلغ كاف لقضاء الدين قائماً إلى يوم رسو المزاد . ولكن يجب عليه أيضاً أن يعرض ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره . على أن يرجع بذلك على المدين وعلى المالك السابق للمقار المرهون » . وأدجت لجنة المراجعة الفقرتين في فقرة واحدة مع تعديل لفظي ، تحت رقم ١١٩٣ في المشروع النهائي ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٦ - ص ٩٨) .

التقنين المدني السابق م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يتقدر به قيمة الختار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه ، أو يحل المقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٧٦ / ٦٩٩ : ويبقى الحق في عرض المبلغ الكافي لوفاء الدين حين إيقاع بيع المقار في المزاد ، وعلى الحائز المذكور أن يعرض أيضاً قيمة المصاريف المنصرفة من وقت التنبه بالوفاء . وله الرجوع بها على المدين ومن سبق الحائز في ملكية المقار .

- (١) منى يكون قضاء الدين أفضل .
- (٢) ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين .
- (٣) منى يجب الدفع .
- (٤) حلول الحائز محل الدائن .
- (٥) رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق .
- (٦) منى يجبر الحائز على دفع الدين .
- (٧) إجبار الحائز على دفع الدين إذا كان فى ذمته مبلغ يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدى .
- (٨) اتفاق الدائنى على إجبار الحائز على الدفع .

٢٦٨ - منى يكون قضاء الدين أفضل : يختار الحائز عادة قضاء

الدين ، إذا كان الدين أقل بكثير من ثمن العقار ، أو من الجزء الباقى من الثمن فى ذمة الحائز .

وقد يكون للدائنى المرتهن رهن على عقار آخر ضامن لنفس الدين ، فإذا وفى الحائز هذا الدائنى المرتهن فإنه يحل محله فى هذا الرهن ، وقد يكون فى ذلك ضمان كاف للحائز إذا ما وفى الدين للدائنى المرتهن .

وقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بضمن مساو لقيمة الدين ولم يكن قد دفع الثمن ، فيتعين عليه ، بدلا من أن يدفع الثمن للبائع ، أن يدفعه للدائنى ، فىنى بذلك فى وقت واحد بالثمن وبالدين^(١) .

(١) وحتى لو كان الثمن أقل من الدين ، وكان الحائز حريصا على أن يستبقى العقار المرهون فى ملكه ، وكان الدين لدائنى مرتهن متقدم فى المرتبة ، فإنه يدفع الدين للدائنى المرتهن ويحل محله فى رهنه المتقدم . فىضمن بذلك عدم رجوع الدائنى المتأخرين فى المرتبة ويستوفى ما دونه زيادة على الثمن من المدين .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز الذى يدفع دين الدائنى المقيد له الحق فى أن يستمر فى الإجراءات التى بدأها الدائن ، للحصول على ما دونه أزيد من حصته فى الدين (استئناف تخطيط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٢م ٤٦ ص ٥٢) .

٢٦٩ - ما يجب على الحائز دفعه لفضاء الدين : ويدفع الحائز

للدائن المرتهن كل ما يجب دفعه له بموجب عقد الرهن^(١) . ويجب دفع كل ذلك لأن الرهن غير قابل للتجزئة ، فيكون للدائن المرتهن استيفاء كل حقه ، فلو بقي منه شيء لم يدفع جاز للدائن المرتهن أن ينزع من أجل هذا الباقي ملكية العقار المرهون . ومن ثم يجب على الحائز أن يدفع كل الدين^(٢) ، ويدفع أيضاً الفوائد المضمونة (سنتين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . والفوائد التي تستحق من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزا ، والقيود الخاصة بفوائد أخرى قد استحققت) ، وكذلك المصروفات المضمونة بالقيود ، وما صرف في الإجراءات من وقت إنذار الدائن المرتهن .

٢٧٠ - متى يجب المرفع - نص قانوني : والدفع يكون عند حلول

الدين المضمون بالرهن إلى يوم رسو المزا . وتقول المادة ١٠٦١ مدني كما رأينا : « يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته ، بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزا » .

ويستفيد الحائز من مواعيد الأجل الممنوحة للمدين ، بما في ذلك أجل القاضي^(٣) . فلا تتخذ ضد الحائز إجراءات حتى ينتهي الأجل ، ويحرم

(١) استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ - وانظر أيضاً استئناف

مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٤ : وقد قضى هذا الحكم

بأن التمريض المتفق هل دفعه في حالة الوفاء قبل الأجل بالقرض المضمون بالرهن يجب أن يدفعه بأكمله الحائز الذي يتخذ الدائن ضده إجراءات نزع الملكية .

(٣) حالات ٢٩٨ - حرانمولا ن دفرة ٤٧٦

الحائز الأجل الذى يحرمه المدين^(١) .

وتستمر المادة ١٠٦١ مدنى ، كما رأينا ، فتقول : « ويكون له (للحائز) في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها معلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين » . فيحل الحائز الذى دفع الدين محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا حقوقه المتعلقة بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ، ككفيل عيني ، فلا يحل الحائز محل الدائن فى الرجوع على الكفيل العيني .

ويجب على الحائز ، وقد حل محل الدائن فى الرهن على العقار المرهون ، أن يحتفظ بقيد الرهن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العار ، وقت تسجيل سند هذا الحائز . ذلك أن الحائز قد بنى بالدين الذى حل ، ويكون هو الدين الأول فى المرتبة ، معتمداً على أن ثمن العقار إذا بيع فى المزاد لا يصل إلى أكثر من هذا الدين . فيجب عليه عندئذ أن يحتفظ بقيد الرهن الضامن لهذا الدين إلى أن تمحى القيود التالية ، لأنه يحل محل الدائن فيه ، وقد يحتج على الدائنين التاليين فى المرتبة إذا هموا بالتنفيذ استيفاء لحقوقهم .

ومن أجل ذلك نصت المادة ١٠٦٢ مدنى على أنه « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن ، وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شرط الحرمان من الانتفاع بالأجل (clause de déchéance du bénéfice du terme) المتفق عليه فى القرض المضمون برهن ، والذى يعلن به الغير بقيد الرهن الرسمى ، يحتج به ، لا على المدين فحسب ، بل أيضاً على الحائز للمعارات المرهونة (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٨٥ من المشروع النهيى الذى رجع =

٢٧١ - **محل الحائز محل الدائن** : وإذا دفع الحائز الدين للدائن على الوجه الذي قدمناه ، حل محل هذا الدائن في جميع حقوقه قبل المدين (١). وبموجب هذا الحل ، يحل الحائز محل الدائن في الرهن الذي له على العقار ، فيصبح الحائز مرتباً للملكه ، وتظهر أهمية ذلك فيما إذا طلب بعض الدائنين المرتبطين الآخرين بيع العقار ، فيحتج عليهم الحائز بالرهن الذي حل فيه ، إذا كانت مرتبة الرهن تسمح بذلك .

وينتقل الرهن إلى الحائز بمرتبته ، فيتقدم الحائز على من يكون متأخراً عنه ، ويتقدم عليه من يكون أسبق منه . ويجب عليه حفظ الرهن وتجديده ، كما قدمنا (م ١٠٦٢ ملني) (٣) .

٢٧٢ - **رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق** : ويستطيع الحائز الذي دفع الدين أن يرجع أولاً على المدين ، بدعوى شخصية تقوم على قواعد الإثراء بلا سبب .

وللحائز أن يرجع أيضاً على من تلى الملكية منه . فان كان قد تلقاها بعوض ، كان له حق الضمان ، فيرجع بهذا الحق عليه ، كما لو كان من تلى الحائز الملكية منه بائناً أو مقايضاً (٣) .

= مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٨ - ص ٩٩) .

التقنين المدني السابق م ٥٧٨ / ٧٠١ : يجب على حائز العقار الذي انتقلت إليه حقوقه من وفاة بدينه من الرهن المتعلق بها ، أن يحفظ الرهن المذكور ويجدد تسجيله عند الانقضاء ، إلى أن تزول الرهون المسجلة الموجودة وقت تسجيل عقد انتقال الملكية إليه في العقار .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز ليس بحاجة إلى رضا المدين لدفع الدين المضمون بالرهن والحلول محل الدائن في حقه ، فله دائماً أن يقوم بالدفع ولو رغم المدين أو الدائن (استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١) .

(٢) راجع استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٩ .

(٣) جرائمولا ن فقرة ٤٧٩ .

أما إذا كان من تلقى الملكية لا بضمن ، كما إذا كان واهباً أو موصياً ، فإنه لا رجوع للحائز في هذه الحالة ، ومن ثم إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بهبة أو بوصية فإنه لا يرجع لا على الواهب ولا على الموصى (١).

٢٧٣ - متى يجبر الحائز على دفع الدين - نص قانوني : وفي كل ما قدمناه ، نفرض أن الحائز يدفع الدين مختاراً ، حتى يمنع الدائن من نزع ملكية العقار المرهون .

ولكن توجد حالتان يجبر فيهما الحائز على دفع الدين ، وقد نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني وهي تنص على ما يأتي :

١ - إذا كان في ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه ، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل .

٢ - فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها ، وفي الأجل المتفق على الدفع فيه .

٣ - وفي كلتا الحالتين لا يجوز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكنه إذا هو وفي لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود (٢).

(١) محمد كامل مرسي فقرة ١٤٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٦ من المشروع التمهيدى ، حل وجه مطابق لما استدر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٥ في الشرح النهائي . ورائز عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« والأصل أن دفع الحائز للدين أمر اختيارى . ولكنه ينقلب إجبارياً ، ويصبح للدائن المرتهن الحق فى استيفاء الدين من الحائز ، فى حالتين » .
(أ) إذا كان المستحق فى ذمة الحائز ، بالسبب الناقل للملكية العقار ، مبلغاً واجب الأداء حالا ، ويكفى لوفاء الديون . ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته . حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله . ففى هذه الحالة لا مصلحة للحائز فى أن يدفع المستحق فى ذمته للراهن . ويجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو » .

« (ب) أما إذا كان المستحق فى ذمة الحائز غير واجب الأداء حالا ، أو كان أقل من الدين المضمون ، أو مغايراً له ، فللدائنين المرتهنين ، إذا اتفقوا جميعاً ، إجباره على الدفع لهم ، ولكن فى الميعاد المحدد ، وبقدر ما فى ذمته . فإذا دفع تخلص من الرهون ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة » .

« ولا يجوز للحائز فى الحالتين أن يتخلص من الدفع للدائنين ، بالتخلي عن العقار » (١) .

وبلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦٣ مدنى تنص على ما يأتى :
« وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار . ولكن إذا هو وفى لهم ، فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن . ويكون للحائز الحق فى طلب نحو ما على العقار من قبود » .

= ١٠٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٩ - ص ١٠٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٢ .

وما جاء في هذا النص معقول ، فالحالتان اللتان نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني ، الحالة الأولى منهما يستوفي فيها الدائنون المقبلون لغاية تسجيل سند الحائز جميع حقوقهم فلم يعد لدائن مقيد حق في العقار ، وفي الحالة الثانية اتفق جميع الدائنين المقيدين على الوجه السابق على أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته فيكونون قد رضوا بتخليص العقار من القيود . وعلى ذلك يصبح الحائز ملزماً بدفع ما في ذمته . ولا يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام إلا بالدفع ، لا بالتخلي عن العقار الذي أصبح غير جائز له . ومنى دفع ما في ذمته ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المقيدة ، اعتبر العقار مطهراً من كل الديون ، واعتبر خالصاً من كل رهن ، واستقر في ملكية الحائز مطهراً وخالصاً من الديون المقيدة ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود .

ونعالج في إيجاز الحالتين اللتين وردتا في المادة ١٠٦٣ مدني ، وهما :
(١) إجبار الحائز على دفع الديون . إذا كان في ذمته مبلغ يكفى لوفاء جميع الدائنين . (٢) اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع .

٢٧٤ - إجبار الحائز على دفع الديون إذا كان في ذمته مبلغ يكفى لوفاء

جميع الدائنين المقيدين : وإذا كان الحائز انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بعقد معاوضة ، كعقد بيع مثلاً . وكان الباقي في ذمته من الثمن مبلغاً يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدين حتى وقت تسجيل عقد البيع ، وجب على الحائز ألا يدفع شيئاً من الباقي في ذمته للبائع . وأن يعرض هذا الباقي في ذمته على الدائنين المقيدين ، فيستوفي كل منهم حقه كاملاً .

والمهم أن يكون الباقي في ذمة الحائز : (١) بسبب امتلاكه للعقار المرهون . (٢) وأن يكون مبلغاً مستحق الأداء حالا . (٣) وأن يكون هذا المبلغ كافياً لوفاء جميع الدائنين المقيدين بكامل حقوقهم .

ففي هذه الحالة يتحقق الدائنون المقيدون من أن الحائز قد سجل سند ملكيته ، وذلك حتى لا يستجد دائنون مقيدون آخرون فيصبح ما في ذمة الحائز غير كاف للوفاء بكامل حقوقهم . ففي تحققوا من ذلك ، وأيقنوا أن ما في ذمة الحائز نفي بكامل حقوق الدائنين المقيدين جميعاً ، أصبح لكل دائن من هؤلاء الدائنين المقيدين ، وفيهم الدائن المقيد الذي يباشر التنفيذ ، أن يطالب الحائز بالوفاء بكامل حقه . والحائز لا مصلحة له في التأخر ، ففي ذمته مبلغ نفي بكامل حقوق الدائنين المقيدين ، فما عليه إلا ألا يدفع شيئاً لمن انتقلت منه ملكية العقار ، وأن يدفع لكل دائن مقيد كامل حقوقه ، ويحل محله فيما دفع له ، وبذلك تخلص ذمته من الثمن ومن حقوق الدائنين المقيدين جميعاً .

٢٧٥ - اتفاق الدائنين على إيجاب الحائز على الدفع : وفي هذه

الحالة ، إذا كان ما في ذمة الحائز أقل من ديون الدائنين المقيدين ، أو مغايراً لجنس هذه الديون ، أو غير مستحق الأداء حالا ، ولكن اتفق جميع الدائنين المقيدين على مطالبة الحائز بالدفع ، فلا يستطيع الحائز رفض هذا الطلب ، ويجب أن يدفع للدائنين المقيدين ما في ذمته ، وهم يقتسمونه بينهم على الوجه الذي يختارونه .

ولكن الحائز يدفع ما في ذمته طبقاً للشروط التي اتفق عليها ، وبوجه خاص إذا كان ما في ذمته غير واجب الدفع إلا بعد أجل ، لم يدفع للدائنين المقيدين إلا عند حلول هذا الأجل . ولا يستطيع الحائز التخلص من التزامه بالوفاء الدائنين المقيدين ، بالتخلي عن العقار المرهون . ويتخلص من كل ما عليه من القيود ، حتى لو كان ما دفعه الحائز لا نفي بجميع الديون المقيدة ، ويجوز للحائز بعد الدفع أن يطلب عموماً على العقار من القيود (١) .

(١) وقد نصت المادة ١٠٦٣ مدني ، في فقرتها الثالثة ، صراحة على ذلك ، -

وبلاحظ أن الحائز لا يدفع في هذه الحالة للدائنين المقبدين . إلا طبقاً للشروط وفي المواعيد التي ارتضاها . وهو إذا دفع على هذا الوجه لا يخسر شيئاً ، فهو قد أدى للدائنين حقوقهم كاملة ، وتخلص من ثمن العقار (لأنه محل محل الدائنين المقبدين) ، إلا إذا بقي بعد الدفع للدائنين المقبدين بقية من الثمن ، فيدفعها للبائع .

٢٨ - تطهير العقار

(Purge)

٢٧٦ - نص قانوني : نصت المادة ١٠٦٤ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قبده قبل تسجيل هذا السند .

٢ - وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلى المدين . أو الإنذار إلى هذا الحائز . ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إبداء شروط البيع^(١) .

فقالت : « لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخايه من العقار ، ولكن إذا هو وفي لم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محوماً على العقار من القيود » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا مسألة واحدة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٦٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٥٢ . وفي لجنة الشيوخ استبدلت اللجنة ، في الفقرة الثانية ، عبارة « إلى يوم إبداء قائمة شروط البيع » بعبارة « إلى يوم توقيع الحجز العقاري أو صدور الحكم بنزع الملكية » ، تمثيلاً مع أحكام مشروع قانون المرافعات الذي ألغى نظام الحجز العقاري ودعوى نزع الملكية . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته ، تحت رقم ١٠٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٣ - ص ١٠٦) .

التقنين المدني السابق م ٥٧٥ / ٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مسلماً بقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

١٥ - تعرض هذه النصوص . . . لتطهير العقار . والحائز يختار التطهير إذا رأى أن قيمة العقار أقل من الدين المضمون بالرهن . ويمر التطهير على المراحل الآتية : يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلاً للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجباً . فالمشتري يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة والموصى له يسجل الوصية والغرض من ذلك تحديد الرهون التى يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً فى حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة . فالحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن . . . يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم ، لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم والقصير واجب التسجيل ، وفقاً لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير ، ذلك أن من يملك بالتقادم القصير لا يملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل ، هى الحياة مقرنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح .

٢٥ - بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار حلول الدين المضمون بالرهن

= يكون أقل من الباقي فى ذمة ، أو يخل العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٧٧ / ٧٠٠ : ينطبق عرض المبلغ المقدرة به قيمة العقار حين صدور الحكم بنزع الملكية .

وتوجيه الدائن المرتهن إليه إنذاراً بالدفع أو التخليه . ويبقى حقه في التطهير قائماً إلى يوم (إيداع قائمة شروط البيع) إذ لم يبق إلا طرح العقار في المزاد ، فإذا أراد الحائز عرض قيمته فما عليه إلا أن يتقدم مزايدياً . وأول إجراء في التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدة حقوقهم . . . في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد ، إعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٨٨ . . . ويلاحظ أن من بينها بياناً يذكر فيه القيمة التي بقدرها الحائز للعقار . وهو لا يتقيد في تقدير هذه القيمة بثن العقار لو انتقلت إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بالأقل القيمة عن السعر الذي يتخذ لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية (وهذا الأساس هو الضريبة التي تدفع عن العقار) ، ولا تقل في الوقت ذاته عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار لأنه يستطيع أن يدفع هذا الباقي كله للدائنين دون أن يصيبه ضرر من ذلك ، فإذا زاد عن الديون كانت الزيادة للراهن . ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداداه للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة . فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة .

« ٣ - وإذا وافق الدائنون جميعاً بعد إعلانهم على العرض الذي تقدم به الحائز ، أو سكنوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمي . . . اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين حسب مرتبتهم ، أو يودعه خزانة المحكمة . فيتطهر العقار من كل رهون ويمحى ما عليه من القيود . أما إذا طلب أحد الدائنين أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة في التطهير . بيع العقار . فيكون ذلك بإعلان يوجه إلى الحائز الراهن ، في مدى الستين يوماً المشار إليه . يطلب فيه عرض العقار في المزاد ، ولا يشترط زيادة العشر وهذا هو تجديد الذي حققه المشروع حتى يتخفف

الدائن من بعض أعباء التطهير . ولكن يجب على الدائن أن يودع في خريفة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزاييد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذى تقدم ، وجب عرض العقار فى المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء .

« ٤ - يطرح العقار فى المزاد ، وتنبع الإجراءات المقررة فى البيع الجبرية ، فإن عرض مزاييد مبلغاً أكبر من القيمة التى عرضها الحائز (وقد يكون الدائن الذى طلب البيع أو دائناً آخر أجنبياً أو الحائز نفسه زاد فيها سبق أن عرض ، ولكن لا يجوز أن يكون الراهن أو المدين) ، رسا المزاد عليه . ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذى تقدم به ، المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته ونفقات الإعلانات والمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك . وإذا لم يتقدم مزاييد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ نفسه الذى سبق أن عرضه ، والمبلغ الذى يرسو به المزاد يودع خريفة المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتتقضى الديون وتمحى القيود ويتم بذلك تطهير العقار » (١) .

٢٧٧ - متى يختار الحائز التطهير : ويظهر مما تقدم أن الحائز يختار تطهير العقار المرهون إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار ، فيؤثر هو أن يعرض على الدائنين المقيدى قيمة العقار ، ويظهر العقار بهذه القيمة ، أو يباع فى المزاد . غير أن اختيار التطهير يكلف الحائز إجراءات ومشقات ، إلى أن يعرض العقار للبيع جبراً فى المزاد العلنى بناء

(١) انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ١١٦ - ١٢٠ .

على طلب أحد ذوى الشأن ، ويحتمل خروج العقار من ملك الحائز نتيجة لذلك .

أما إذا كانت الديون المقيدة أقل من قيمة العقار ، فالحائز يؤثر أن يلجأ إلى قضاء الديون بدلا من التطهير ، فيقتضيها وهي أقل من قيمة العقار ، فيبقى العقار في يده ، ولا يخسر شيئا لأنه يحل محل الدائنين في العار وقيمة العقار أكبر من مجموع الديون .

٢٧٨ - مزايا التطهير وعيوبه : وللتطهير مزايا كثيرة ، وقد قرره

كثير من القوانين كقوانين فرنسا وبلجيكا وإيطاليا والبرتغال وهولندا ، ولم تقرره بعض القوانين كقوانين ألمانيا وبولونيا وإسبانيا والسويد .

فالتطهير مقرر لمصلحة الحائز ، لا سيما إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار .

وهو مفيد للمدين ، إذ يسهل عليه أن يجد مشترى لعقاره المثل بالديون .

وهو مفيد للدائن المرتهن ، لأنه يحصل على قيمة العقار ، من غير أن يخضع لإجراءات نزع الملكية .

ولكن التطهير قد يضر بالدائنين المرتهنين ، إذ يلزمهم بقبول ديونهم قبل ميعاد حلولها . فيحرمهم من استغلال هذه الديون استغلالا طيباً ، وقد يباع العقار في وقت غير مناسب فتنزل قيمته^(١) .

٢٧٩ - أربع مسائل رئيسية في التطهير : وهناك ، في التطهير ،

أربع مسائل رئيسية :

(أ) من يجوز له التطهير .

(ب) عرض الحائز وقبوله .

(٢) انظر في ذلك جرانمولان فقرة ٥٢٨ - محمد كامل مرسي فقرة ١٥١ .

(ح) عرض الحائز ورفضه . بيع العقار في المزاد .

(د) متى تمتنع التطهير - مصروفاته .

١ - من يجوز له التطهير

٢٨٠ - يجوز التطهير للحائز : تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤

مدني كما رأينا : « يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » . فحائز العقار المرهون هو الذي يتولى أمر التطهير ، وهو الذي يقدر ما إذا كان من المناسب أن يلجأ إلى هذه الطريقة . وهو يكون عادة ميالا للتطهير ، إذا ما وجد أن الديون المقيدة قبل تسجيل سنده قيمتها أكبر من قيمة العقار . فلا يكون ميالا لدفع هذه الديون لأن قيمتها أكبر من قيمة العقار ، فلا يستطيع استردادها كلها ، ثم هو لا يميل إلى التنفيذ مباشرة على العقار بترك الدائن المرتهن ينفذ عليه ، ولا يميل إلى التخلية ، فلا يجد أمامه غير التطهير .

فيجوز إذن التطهير لحائز العقار ، ولو كان هو أحد الدائنين المرتهنين^(١) بأن يشترى هذا الدائن المرتهن العقار المرهون من الراهن .

ويشترط في حائز العقار ، كما رأينا ، ألا يكون ملتزماً شخصياً بالدين كالكفيل الشخصي ، ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العيني^(٢) .

فيجوز التطهير إذن لمشتري العقار كله أو بعضه ، والمقايض ، والمرهوب له ، والموصى له ، والشفيع ، ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون^(٣) .

ولا يجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى ، لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد ، فهي غير قابلة للرهن^(٤) .

(١) استئناف مغلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٥ .

(٢) بیدان وفواران فقرة ١٠٨٢ - فقرة ١٠٨٣ .

(٣) بیدان وفواران فقرة ١٠٨١ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانچيه ٢ فقرة ٣٩٣٦ - بیدان وفواران فقرة ١٠٨١ .

٢٨١ - المالك تحت شرط : وقد يكون الحائز قد تملك العقار

المرهون ، تحت شرط واقف أو فاسخ .

فإذا كان قد تملكه تحت شرط واقف ، فهو لم يملكه بعد ، لأن الشرط

لم يتحقق ، ومن ثم لا يكون له حق التطهير إلا عند تحقق الشرط^(١).

وإن كان قد تملك العقار تحت شرط فاسخ ، فهو مالك للعقار حالا

قبل تبين مصير الشرط ، فله أن يطهره . فإن لم يتحقق الشرط ، صار

مالكاً بوجه بات ، وبقي تطهيره سليماً . وإذا تحقق الشرط ، أصبح غير

مالك بأثر رجعي ، وكان الواجب زوال التطهير لأن من قام بالتطهير

أصبح غير مالك بأثر رجعي ، فلم يكن حائزاً وقت التطهير . ولكن هناك

رأى آخر يذهب إلى بقاء التطهير نافذاً بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ ،

على أساس أن التطهير عمل مادي لا يؤثر فيه الفسخ^(٢) . وقد أخذ التمتين

المدني الجديد بهذا الرأي ، فنص في المادة ١٠٨٣ منه على أنه « إذا تمت

إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً ، ولو زالت لأي سبب

من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار » .

ولكن إذا كان الحائز الذي أجرى التطهير متواطئاً مع الراهن الذي

باع له العقار ، فإن الغش يبطل التطهير ، فإذا زالت ملكية الحائز زال

التطهير . مثل ذلك أن يبيع الراهن العقار الذي رهنه ولو تحت شرط

فاسخ ، فيعمد الحائز (المشتري) إلى تطهير العقار ، ثم يشتري الراهن

ثانية العقار مطهراً من الحائز . فإذا ثبت التواطؤ بين الراهن والحائز ،

وجب إبطال التطهير تبعاً لزوال ملكية من قام به^(٣) .

(١) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٩٣٩ - بيدان وفواران فقرة ١٠٨٤ -

دي ملتس فقرة ١٦٢ - جراممولان فقرة ٥٣٣ .

(٢) نقض فرنسي ٢٢ أغسطس سنة ١٨٧١ دالوز ٧٣ - ١ - ٣٢١ - بيدان وفواران

فقرة ١٠٨٤ - جراممولان فقرة ٥٣١ - محمد كاسل مرمي فقرة ١٥٧ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ١٠٨٤ .

٢٨٢ - الملزم شخصياً بالدين : ولا يجوز التطهير للملزم شخصياً بالدين . لأنه ليس بحائز . فلا يجوز التطهير من الكفيل شخصياً كان أو عينياً . ولا من الشريك في الدين ، متضامناً كان أو غير متضامن ، ولا من وارث المدين . لأن كل هؤلاء ملزمون شخصياً بالدين ، فيجب عليهم وفاؤه كاملاً . ولا يسمح لهم بالتخلص منه لقاء دفع قيمة العقار .

فوارث المدين لا يجوز له التطهير . ولو تلقى العقار المرهون ميراثاً عن المدين الراهن . فالتطهير قد يؤدي إلى وفاء الديون قبل آجالها ، وإلى قبول الوفاء الجزئي ، وإلى انتضاء بعض الرهون دون وفاء الديون المضمونة بها ، ولذلك قد شرع لغير الملزم شخصياً بالدين . ولو أجز للملزم ، لرجع الدائن المرتهن . بعد تمام إجراءات التطهير ، على أى مال من أموال هذا الملزم بما فيها العقار الذى طهر من الرهن^(١).

وقد قدمنا أن وارث المدين يلتزم بالدين في القانون الفرنسى ، أما في القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية فالوارث لا يرث الدين ، ولا يتلقى العقار المرهون إلا بعد انحلال الرهن وسداد جميع الديون .

وإذا كان الحائز هو أحد الشركاء في الدين ، فإنه لا يكون له أن يطهر العقار المرهون ما دام لم يدفع حصته في الدين . فإن دفع حصته أصبح غير مدين ، وبقي له صفة الحائز فقط ، فيجوز له أن يطهر العقار . وقبل دفع حصته في الدين ، يكون مديناً ، فلا يكون له أن يطهر العقار ، ويكون العقار ضامناً لما هو مدين به^(٢) .

(١) دالليول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٩٤١ - محمد كامل مرسى فقرة ٩٥٦ .

(٢) انظر جيوار فقرة ١٩٨٨ - بودرى ودى لوران فقرة ٢٣٥٠ - بيدان فقرة

٢٣٥٠ - بيدان فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٥٢ - أوسين وديوم فقرة ٢٩١ - تكررة هاشي ١٧

ثالثاً - عكس ذلك هناك ١٤ فقرة ٨٩ .

٢٨٣ - من الرقبة ومن الانتفاع : ويجوز التطهير لمن انتقل إليه حق الرقبة أو حق الانتفاع رهوناً . فإذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الانتفاع قيمة حقه ، فإنه يترتب على التطهير تخليص الحق المرهون . وعلى ذلك إذا كان حق الانتفاع هو الذي انتقل إلى الحائز وحصل تطهيره ، فإن حق أرباب الديون المقيدة يبقّى على الرقبة ، وعند انتهاء الانتفاع يعتبر ملحقاً بالرقبة ، فتعود أصحاب الديون المقيدة على العقار كاملاً ، رقبة وانتفاعاً ، إذ أن الرهن يشمل ماحقات المرهون .

وإذا كان ملك الرقبة هو الذي انتقل إلى الحائز وطهر ، فإن الرقبة تتطهر من الرهون ، ويبقى الرهن على حق الانتفاع ، ويزول بزواله^(١) .

٢٨٤ - تسجيل سند الحائز : يجب أن يكون سند الحائز مسجلاً إذا كان قابلاً للتسجيل ، لمنع القيود الجديدة وتعيين الدائنين نهائياً ، لأنه بالتسجيل لا يكون للقيود الجديدة التي تلحق التسجيل أثر^(٢) .

فالمشترى يسجل البيع ، والمقايض يسجل المقايضة ، والموهوب له يسجل الهبة ، والموصى له يسجل الوصية ، والشفيع يسجل حكم الشفعة .

أما إذا كان سند الملكية عملاً مادياً كالنقادم ، فهذا السند غير قابل للتسجيل . ومن ثم يستطيع الحائز ، الذي كسب الملكية بالنقادم ، أن يطهر العقار دون أن يسجل شيئاً ، « لأن النقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل »^(٣) .

(١) انظر في ذلك محمد كامل ، روى فقرة ١٥٥ من ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٢) وقد نص التقنين المدني الجديد على وجوب التسجيل ، فقرر في الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدني ، كما رأينا ، أنه « يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيامه قبل تسجيل هذا السند » .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا العدد : « يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلاً للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجباً . فالمشترى يسجل -

وإذا كان مالئ العقار بالتقادم سند يمكن تسجيله . كما إذا حصل على حكم بالملكية بسبب التقادم . فإنه يجب تسجيل هذا الحكم (١) .

٢٨٥ - معار النظرير : يجوز للمحائز اتخاذ إجراءات التطهير من الوقت الذى يصبح فيه مالئاً . وله ذلك دون حاجة إلى حلول الدين المضمون بالرهن . ويكون للمحائز مصلحة في أن يعرض القيمة بمجرد حيازته قبل أن يدفع الثمن . حتى لا يضطر إلى الدفع مرتين أو تنزع ملكية العقار منه (٢) .

= البيع ، والموهر ب له يسجل الهبة ، والشفع يسجل حكم الشفعة والموصى له يسجل الوصية والفرض من ذلك تحديد الرهون التي يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل المحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائر مرتين يكون رهنه فائداً في حق المحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً ، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة . فالمحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مردوناً ولم يسقط الرهن يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقدم واقعة مادية تنمى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا . فإنه من وقت تملك المحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير المحائز قيمة في حق المحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح في التقدم القصير واجب التسجيل ، وفقاً لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكتب الملكية نفسها بالتقادم ، وليس واجباً للتطهير . ذلك أن من يملك بالتقدم القصير لا يملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يملك بواقعة مادية تنمى على التسجيل ، هي الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ - ص ١١٨) .

انظر شفيق شحاتة ٣ فترة ٣٠٧ ص ٢٦٧ - عبد الفتاح عبد الباقى فترة ٢٢٠ - شمس الدين الوكيل فترة ١٠٩ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ - محمد على إمام فترة ٢٤٥ - انظر ممكن ذلك وأنه إذا كان سند الملكية عملاً مادياً غير قابل للتسجيل فليس للمحائز أن يطهر . محمد كامل مرسى فترة ١٦٠ ص ٢٢٩ - سليمان مرقس فترة ١٥٩ ص ٢٥٣ - ص ٢٥٤ .

(١) محمد كامل مرسى فترة ١٦٠ ص ٢٣٠ .

(٢) دى هلتن فترة ١٥٩ - جرانمولار فترة ٥٢٨ - محمد كامل مرسى فترة ١٥٣

ويبقى حتى الحائز قائماً في التطهير ، إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع^(١) .

ب - عرض الحائز وقبوله

٢٨٦ - إعلانه الدائنين المقربين وعرض قيمة العقار عليهم - نص قانوني :
نصت المادة ١٠٦٥ مدني على ما يأتي :

« إذا أراد الحائز تطهير للعقار ، وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم ، في مواضعهم المختارة المذكورة في القيد ، إعلانات تشمل البيانات الآتية » :

- (أ) خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف ، وتاريخه ، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ، ومحل العتار مع تعيينه وتحديد به بالدقة ، وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن . وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن .
- (ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ، ورقم هذا التسجيل .
- (ح) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف بيعاً .

(١) وكان المشروع التمهيدي ينص على أن الحق في التطهير يبقى قائماً « يوم صدور الحكم بنزع الملكية » . فعدلت لجنة المراجعة النص ، فصار « إلى يوم توقيع الحجز العقاري » . وفي مجلس النواب ، أضيفت عبارة « أو صدور الحكم بنزع الملكية » . ولكن في لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « توقيع الحجز العقاري أو صدور حكم بنزع الملكية » ، واستعوض عنها بعبارة « إيداع قائمة شروط البيع » .

« ويودع من يباشري الإجراءات قلم كداس شحكة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن » (م ١٤ من تقنين المرافعات الجديد) .

وظهرت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مافي أخيراً ، كما رأينا ، على الوجه الآتي :
« وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين ، أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » .

ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل في أى حال عن الباقي في ذمة الحائز من الثمن إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

« (د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين » (١).

فأول ما يجب أن يذكره الحائز في الإعلان ، الذي يجب أن يكون رسمياً وعلى يد محضر وإلا كان الإعلان باطلاً (٢) ، خلاصة سند الحائز ، فيذكر بيان نوع التصرف إن كان بيعاً أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية ، وتاريخه ، وتعيين المالك السابق تعييناً دقيقاً ، وتحديد العقار المرهون ، وثمن هذا العقار إذا انتقلت ملكيته إلى الحائز بالبيع ، والتكاليف الأخرى التي تعتبر جزءاً من الثمن قبل المصروفات التي يتعهد المشتري بدفعها

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٨ من المشروع التمهيدى ، حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٦ - ص ١٠٧) .

التقنين المدني السابق م ٥٧٥ / ٩٩٨ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه ، أو يخل العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٨٠ / ٧٠٣ : إذا كانت أجزاء العقار مرهونة كل جزء حل انفراده ، وجب تقدير كل منها على حدة .

(٢) بودرى ودى لوران فقرة ٢٤٠٦ وفقرة ٢٤١٧ - دى هلتس فقرة ١٧٧ -

هـ - نون ص ٣٠٧ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ .

كصروفات التطهير والفوائد المستحقة وقت بدء الانتفاع^(١) ، والمبالغ التي يتعهد بدفعها من أجل مصروفات الزراعة والبذور والسماد^(٢) ، والمبالغ التي يتعهد بدفعها الوسيط الذي يكلفه البائع المفاوضة في العقد^(٣) . وفي حالة ما إذا كان عقد الحائز لا يتضمن ثمناً ، كما في المقايضة والهبة ، يجب أن يذكر في الإعلان قيمة العقار المرهون^(٤) .

ويذكر الحائز بعد ذلك تاريخ تسجيل التصرف الصادر إليه ، ورقم هذا التسجيل ، فيجب أن يذكر تاريخ تسجيل أى تصرف صدر إليه ، بيعاً كان أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك^(٥) .

ويذكر الحائز قيمة العقار ، وهو الذي يقدر هذه القيمة ، وسنعرض لهذا البيان على حدة لأهميته .

ويذكر أخيراً قائمة بالحقوق التي تم قيدها ويريد تطهير العقار منها ، وهذه الحقوق هي حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي وحق الامتياز الخاص على العقار . ويذكر تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين .

وفائدة هذه البيانات هي أن يطلع الدائنون على حالة العقار وما يتقله من قيود ، ليروا ما إذا كان من مصلحتهم قبول العرض أو رفضه .

٢٨٧ - المبلغ الذي يفرضه الحائز قيمة للعقار المرهون : ونأتى للبيان الذي تركناه لنعالجه على حدة لأهميته . وقد جاء في الفقرة (ح) من المادة

(١) بودرى ود لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٦ - ١ - ٥١٣ .

(٣) بودرى ود لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٤) جيوار فقرة ٢٠٢٢ - بودرى ود لوان فقرة ٢٤١٠ - أوبر ورو ٣ فقرة

٢٩٤ ص ٨٥٤ هامش ١٤ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠٢٩ - بودرى ود لوان فقرة ٢٤١٢ .

١٠٦٥ مدني : كما رأينا : « وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة » . ذلك أن التقدير يصح أن يرد على عقار شائع . وعلى جزء مفروز من العقار . فإذا كان العقار مقسماً إلى أجزاء مفروزة . كل جزء منها مرهون لشخص . اعتبر كل جزء عقاراً على حدة مستقلاً عن الأجزاء الأخرى ، وجرى تطهير كل جزء على حدة . ولذلك يجب على الحائز تقدير كل جزء منفرداً باعتباره عقاراً مستقلاً . وقد يباع بعض هذه الأجزاء في المزاد . ويقبل عرض الحائز في الأجزاء الأخرى فتبقى له .

ويجب أن يقدر الحائز مبلغاً يعتبره قيمة للعقار الذي يطهره ، جزءاً من العقار كان أو كل العقار . وتقدير الحائز لهذا المبلغ متروك له ، فيقدر المبلغ الذي يعتقد أنه قيمة عادلة للعقار . ولو كان هذا العقار قد آل إليه بطريق البيع ودفع فيه ثمناً ، فقد يقدر قيمة العقار بما يعادل هذا الثمن ، وقد يقدرها بما يجاوز الثمن ، وقد يقدرها بأقل من الثمن . فهو حر يقدر القيمة بالمبلغ الذي يراه مناسباً ، والدائنون هم أيضاً أحرار بعد ذلك كما سنرى ، لهم أن يقبلوا عرض الحائز ، ولهم أن يرفضوه ويعرضوا العقار المرهون للبيع جبراً في المزاد العلني .

ولا يحد من حرية الحائز في تقدير قيمة العقار المرهون إلا شرطان اشترطهما القانون :

(أ) يجب ألا تقل هذه القيمة في أية حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . فإذا كان لم يدفع للبائع شيئاً من ثمن العقار ، وكان الثمن ٤٠٠٠ جنياً مثلاً ، وجب أن يقدر قيمة العقار بما لا يقل عن ٤٠٠٠ جنياً ، وله أن يقدر القيمة بأكثر من ذلك . وإذا كان قد دفع من الثمن ١٠٠٠ جنيه مثلاً ، كان الباقي في ذمته من الثمن ٣٠٠٠ جنياً . فيجب ألا تقل قيمة العقار التي يقدرها عن ٣٠٠٠ جنياً . وقد يقدر القيمة

بأكثر من ذلك . وهو على كل حال لا يخسر شيئاً . فإن الباقي في ذمته واجب عليه دفعه . ويحل فيه محل الدائن المرتهن . فيستطيع أن يدفعه لذا الدائن ويرجع به على العقار المرهون . فيستوفي حقه كاملاً دون أن يخسر أى شيء .

(ب) يجب ألا تقل القيمة التي يقدرها للعقار المرهون عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ما يأتى : « وهو (الحائز) لا يتقيد في تقدير هذه القيمة بثمن العقار لو انتقلت إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه . ولكنه يتقيد بالأقل تقل القيمة عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية . وهذا الأساس هو الضريبة عن العقار » (١) .

ولم يرد في قانون المرافعات أية قواعد لتعيين الثمن في حالة نزع الملكية . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد القيد الآنف الذكر من المشروع الإبطالى للتقنين المدنى . وقد جاء في المادة ٥٠٠ من هذا المشروع :

Le prix ou la valeur déclarée ne peut être inférieur au taux établi pour base des enchères par le code de procédure civile en cas d'expropriation .

وقد قضى قانون المرافعات الإيطالى أن على الدائن أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار ، أو يقدر هو هذه القيمة بحيث لا تقل عن ستين ضعفاً للضريبة التي تدفع للدولة إذا كان العقار مملوكاً للمدين ملكية تامة . ولا عن ثلاثين ضعفاً للضريبة إذا كان المدين لا يملك إلا الرقبة أو الانتفاع . وفي مصر ، جاء في المادة ٨٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية : « يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتى : . . . (ثانياً) على قيم العقارات أو المنقولات

المتنازع فيها . فاذا لم توضح هذه القيمة أو توضحت وكانت في نظر قلم الكتاب أقل من قيمتها الحقيقية ، قدرها هذا الأخير مع مراعاة ما يأتي :

(١) ألا تقل قيمة الأطنان الزراعية عن الضريبة السنوية مضروبة في ستين .

(٢) ألا تقل قيمة الأملاك المبنية عن قيمتها التجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد مضروبة في ١٥ (١) . فيجوز إذن السير على هذا القانون على سبيل القياس ، إلى أن يصدر القانون المطلوب .

٢٨٨ - العرض الخفي غير واجب - نهى قانوني : ونصت المادة

١٠٦٦ على ما يأتي :

« يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة ، إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ، أياً كان ميعاد الديون المقيدة » (٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداده للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة . فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة » (٣) .

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٢٢ هامش ٥ - وقارن سليمان مرقس فقرة ١٦٤ ص ٢٦٢ هامش ١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٩ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٨ في المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس نواب تحت رقم ١١٥٤ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٠٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨١ / ٧٠٤ : لا يكون عرض المبلغ عيناً ، إنما يجب عرض مبلغ يدفع نقداً ، أياً كان ميعاد حلول الديون المسجلة .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٩ .

ويفهم من ذلك أن الحائز لا يلتزم أن يعرض على الدائنين المقيدين ،
عرضاً حقيقياً ، المبلغ الذى قدره قيمة للعقار المرهون ، بل يكفيه أن يظهر
استعداده لدفع هذا المبلغ حالا ، إذا قبل الدائنون عرضه ، أبأ كان ميعاد
دفع الديون المقيدة .

و بمجرد أن يظهر الحائز هذا الاستعداد ، يصبح ملتزماً بما عرض ،
بحيث إذا قبل الدائنون العرض ، وجب عليه أن يدفع حالا المبلغ الذى
عرضه . ومصدر الالتزام هنا هو إرادة الحائز المنفردة ، وبطل ملتزماً
إلى أن يقبل الدائنون العرض فيدفع المبلغ فى الحال أى بنفذ التزامه ، أو
إلى مدى ستين يوماً وهو الحد الأقصى للميعاد الذى أعطى للدائنين لقبول
العرض أو رفضه ، كما سرى .

فإذا انقضت الستون يوماً ورفض الدائنون العرض . تحلل الحائز من
الالتزام ، وإذا دخل مزاداً فى العقار المرهون كان ذلك طبقاً لمشيئته ،
وكان يستطيع ألا يدخل .

٢٨٩ - ما يترتب على ما يقع فى الإعلان من نقص أو خطأ : لم يذكر
القانون ما يترتب على ما يقع فى إعلان عرض الحائز من نقص أو خطأ .
وقد ذهب الفقه والقضاء إلى وجوب التفرقة بين البيانات الجوهرية^(١)
والبيانات غير الجوهرية^(٢) . فإذا كان البيان جوهرياً ، أى من البيانات التى
يجب أن يعلم بها أرباب الديون ليقدروا ما إذا كانوا يطلبون بيع العقار
المرهون أو لا يطلبونه ، فإذا كان النقص أو الخطأ يضر بالدائن كان له
أن يطلب بطلان الإعلان . ومن البيانات الجوهرية ذكر ثمن العقار المرهون ،
فإذا ذكر ثمن أعلى لم يترتب على ذلك البطلان ، ويلزم الحائز بهذا الثمن

(١) énonciation substantielles

(٢) énonciations non - substantielles, secondaires

لدائن الذى حصل الخطأ بالنسبة إليه . وإذا ذكر ثمن أقل . ترتب البطلان على ذلك بالنسبة إلى من أصابه ضرر (١) .

ويقرر القاضي ما إذا كان البيان جوهرياً أو غير جوهري (٢) .

وقائمة الحقوق التى تم قيدها على العقار يعتبر بياناً جوهرياً ، فإذا وقع خطأ فيها كان لمن أصابه ضرر أن يطلب البطلان . وعدم ذكر هذه القائمة باندوة قد يسبب ضرراً للدائن متأخر ، إذ بسبب الغلط قد يمتنع عن طلب بيع العقار المرهون فيعرضه ذلك لضيق دينه . ولذا يكون التطهير باطلاً بالنسبة إليه (٣) .

ويجوز تصحيح البطلان بتنازل الدائن الذى له الحق فى التمسك به ، وقد يكون التنازل صريحاً أو ضمناً (٤) .

ولأرباب الديون يكون لهم الحق فى طلب البطلان الحق فى اتخاذ إجراءات نزع الملكية . ولكن للحائز إذا لم يكن ميعاد العرض قد انتهى أن يجدده (٥) .

وإذا كانت البيانات أعلنت صحيحة إلى بعض الدائنين . وحصل خطأ فيها إلى دائنين آخرين ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانها إلا بالنسبة إلى أرباب الديون الذين وصلت إليهم البيانات غير صحيحة (٦) .

(١) جيوار ٢٠٥٢ - ٢٠٥٤ - بودرى ودى لوان ٢٤١٧ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢٤١٧ .

(٣) هيك ١٠٧ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٣ .

(٤) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤١٩ - نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٨٢ دالوز

٩٤ - ١ - ٨٤ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠٥٧ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٢٠ - أوبرى ودر ٣ فقرة

٢٩٤ هامش ٤٧ .

(٦) جيوار فقرة ٢٠٥٥ - بودرى ودى لوان ٢٤٢٠ - ١ - محمد كامل مرسى

فقرة ١٦٦ .

٢٩٠ - إلى من يومه العرض : ويكون العرض على جميع الدائنين المقيدة حقوقهم : المرتهنين رهناً رسمياً وأصحاب حقوق الاختصاص والمرتهنين رهناً حيازياً وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على عقار^(١).

والعرض يكون حتى على الدائنين الذين لم تخل حقوقهم . فيترتب على التطهير الوفاء للدائنين حتى قبل الأجل .

وإذا أهمل الحائز إعلان العرض إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقهم الواجب عليه العرض عليهم . فإن ذلك لا يترتب عليه الطلاق بالنسبة إلى الدائنين المعلنين^(٢) . أما الدائن الذي لم يعلن . فيكون التطهير باطلاً بالنسبة إليه . ويحفظ حق تابعه^(٣) . وله أن يستعمل حق التقدم على الثمن إذا لم يكن قد وزع^(٤) .

والدائنون المقيدون الذين يحصل العرض عليهم هم المقيدون قبل تسجيل سند الحائز إذا كان هذا السند قابلاً للتسجيل ، وليس من الضروري العرض على الدائنين اللاحقين للتسجيل . لأن هؤلاء لا تنفذ حقوقهم على الحائز فقد سجل سنده قبل أن يقيدوا حقوقهم^(٥) .

٢٩١ - في أي مكان يكون العرض : أوجبت المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري أن يكون للدائن محل مختار في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار ، فإن لم يختار له محلاً صح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة .

(١) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٧ .

(٢) جيوار فقرة ٢٠١٧ - بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٤) لوران ٤٦١ - جيوار فقرة ٢٠١٧ - بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ - نفص

فرنسي ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٩ - ١ - ١٠٢ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠١٥ - أوبري وري ٣ فقرة ٢٩٤ هاش ٨ - محمد كامل مرسى

فقرة ١٦٢ - سليمان مرقس فقرة ١٦١ .

ونصت المادة ١٠٦٥ مدني على أن يوجه الحائز إعلان العرض في مواطن الدائنين المختارة المذكورة في القيد .

فإذن يجوز إعلان العرض على الدائنين في مواطنهم المختارة في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار المرهون ، ومن كان من الدائنين لم يعين محلاً مختاراً ، جاز إعلانه في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها العقار المرهون .

ولكن يجوز للحائز مع ذلك أن يوجه الإعلان إلى الدائنين . لا في مواطنهم المختارة ، بل في محال إقامتهم الأصلية ، لأن الإعلان في الوطن المختار كان لمصلحه الحائز فيجوز له أن يتنازل عن ذلك ، ولأن الإعلان في محل الإقامة الأصلية يكون دائماً صحيحاً . وعلى ذلك يكون مكان الإعلان ، إما المحل المختار فإن لم يوجد فقلم كتاب المحكمة الابتدائية للعقار المرهون ، أو محل الإقامة الأصلي للدائنين (١) .

٢٩٢ - في أي وقت يكونه العرض : يعرض الحائز على الدائنين

قيمة العقار المرهون من وقت تسجيل سند ملكيته ، دون أن ينتظر إنذاراً بالدفع أو التخلية ، ودون أن ينتظر آجال الديون المقيدة . ومصلحته إذا كان مشترياً أن يقوم بهذا الإجراء قبل أن يدفع الثمن إلى البائع ، حتى يستطيع عرض كل الثمن .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مدني على أن « للحائز أن يستعمل هذا الحق (التطهير) حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » (٢) .

وقد جاء التقنين المدني الجديد معدلاً للتقنين المدني القديم .

(١) بلانيول وريبير وبولانجييه فقرة ٣٩٥٦ - بيدان وفوران فقرة ١١٠٥ - محمد

كامل مرسى فقرة ١٦٣ - سليمان مرقس فقرة ١٦٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٥ .

فى قانون المرافعات المختلط كان يجب أن يعقب التنبيه على المدين بالوفاء أو إنذار الحائز ، توقيع الحجز على العقار ، فنصت المادة ٧٠٠ مدنى مختلط على أن حق الحائز فى التطهير يبنى إلى وقت حجز العقار (١) .

وفى قانون المرافعات الوطنى كان يلى التنبيه أو الإنذار رفع دعوى نزاع الملكية و صدور الحكم فيها . فنصت المادة ٥٧٧ مدنى وطنى على أن حق الحائز فى التطهير يبنى إلى حين صدور الحكم بنزع الملكية (٢) .

ولأن تقنين المرافعات قد ألقى نظام الحجز العقارى ودعوى نزاع الملكية ، واستعاض عنهما بإيداع قائمة شروط البيع ، نصت المادة ١٠٦٤ مدنى على حق الحائز فى التطهير إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع (٣) .

٢٩٣ - قبول العرض : وقبول غرض الحائز من الدائنين يكون إما صريحاً أو ضمناً . والقبول الضمنى يكون بانقضاء الميعاد المعطى للدائنين وهو ثلاثون يوماً غير مواعيد المسافة (م ١٠٦٧ مدنى) . أن يطلب أحد منهم ، أو أحد الكفلاء لهؤلاء الدائنين ، بيع العقار المطلوب تطهيره ، كما سيأتى .

والثلاثون يوماً تبدأ بالنسبة إلى جميع الدائنين فى تاريخ واحد هو تاريخ آخر إعلان رسمى ، ويضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى لهذا الدائن الذى أعلن آخر إعلان وموطنه المختار ، بشرط ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى . ولكن الميعاد ينتهى بالنسبة إلى بعض الدائنين بانقضاء ثلاثين يوماً . وبالنسبة إلى بعض آخر بانقضاء ثلاثين يوماً مضافاً إليها مواعيد المسافة ، على ألا يجاوز كل ذلك ستين يوماً .

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٥ .

(٢) جد السلام دهنى فى التأمينات فقرة ١٨٣ - وقانون محكمة الإسكندرية الوطنية

٢٥ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٥ ص ١٤٠١ .

(٣) ظر محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ - ليمان مرفس فقرة ١٠٣ .

وبسرى الميعاد مستقلاً بالنسبة إلى كل دائن^(١) . فإذا مضى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين فإنه يحرم حق طلب البيع . ولو كان الميعاد لم ينقض بالنسبة إلى باقى الدائنين^(٢) .

ولا يحسب اليوم الأول (dies a quo) . ولكن يحسب اليوم الأخير (dies ad quam) . وإذا كان هذا اليوم الأخير يوم عيد . فإن الميعاد يمتد إلى اليوم الذى يليه لو لم يكن هو أيضاً يوم عيد^(٣) .

وقبول الدائنين ، صريحاً كان أو ضمناً . يرجع أثره إلى يوم حصول العرض^(٤) ، فإذا بيع العقار بعد ذلك بالمزاد أو بيع بيعاً اختياراً بثمن أعلى من الثمن المعروض ، فليس للدائنين حق فى الزيادة^(٥) .

٢٩٤ - التزام الحائز فى ماله قبول العرض : ومتى قبل العرض ، صار الحائز ملزماً شخصياً قبل الدائنين بأن يدفع المبلغ المعروض . ويكون التزامه فى كل أمواله ، لا فى العقار المرهون فقط^(٦) . ولكنه يبقى منزماً بصفته حائزاً للعقار . فيكون له الحق فى أن ينازع فى وجود الديون المقيدة وفى صحتها . أو أن يحتج بسقوطها بالتقادم^(٧) . والرأى الراجح هو أن الدائنين ليس لهم الحق فى الفوائد باعتبارها تابعة

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ - نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز

. ١١٥ - ١ - ٨٥

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ .

(٣) جيوار ٢٠٨٥ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٥٥ .

(٤) بودرى ودى لوان ٢٤٣٧ .

(٥) بودرى ودى لوان ٢٤٨٥ - محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ .

(٦) هيك ١٤ فقرة ١٤٤ - دى لوان فى دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٩٢ -

جرائمولان ٥٥٥ .

(٧) بودرى ودى لوان فقرة ٢٤٢٩ - نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٦٢ دالوز

. ٢٤٤ - ١ - ٦٢

للشئ . لأن الفوائد تمثل الانتفاع بالعقار والدائنون ليس لهم حق الانتفاع .
غير أن الحائز يكون ملزماً قبل الدائنين بالفوائد ابتداء من وقت إنذاره
بالدفع أو التخلية ، أو من وقت العرض إذا أجرى الحائز التطهير من
تلقاء نفسه قبل أن ينذره الدائنون^(١) . ويلزم بالفوائد ولو كان العقار
لا ينتج ثماراً^(٢) ، ولو كانت الفوائد غير واجبة بموجب عقده كما لو كان
العقد هبة^(٣) . وحتى لو كان عقد شرائه يقرر صراحة إعفاءه من الفوائد^(٤) .

٢٩٥ - توزيع قيمة العقار على الدائنين في حالة قبول العرض -

نص قانوني : والعقار المرهون لا يتخلص من القيود بمجرد قبول العرض .
بل يجب لتطهيره من هذه القيود دفع المبلغ المعروض أو إبداعه . وقد
نصت المادة ١٠٧٠ مدني على ما يأتي : « إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد
وبالأوضاع المقررة . استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل
حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح
مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة »^(٥) .

(١) هيك ١٠٩ - جيوار ٢٠٤٩ - بودري ودي لوان فقرة ٢٤٣٤ - أوبري
ورو ٣ فقرة ٢٨٤ وهامش ١٢ ونقرة ٢٩٤ هامش ٤١ - هامش ٤٢ .

(٢) بودري ودي لوان ٢٤٠٥ .

(٣) بودري ودي لوان ٢٤٣٥ - ١ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ١٧١ .

(٥) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التتبعين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدي كان يتضمن العبارة
الآتية : « أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز » .
وفي لجنة المراجعة حدثت هذه العبارة ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ١١٠٢
في المشروع النهائي . وأقر النص مجلس النواب تحت رقم ١١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم
١٠٧٠ (مجموعة الأعمار التحضيرية ٧ ص ١١٧ - ص ١٢٠) .

التتبعين المدني السابق م ٥١٩ / ٧٠٢ : لا يتخلص الحائز العقار برفض المبلغ الذي قدره

قيمة له ، ما دام ملزماً به بصحة كونه حائزاً للعقار ، إلا إذا صار ما عرضه مقبولا . ويجوز له
أو يعرض هذا المبلغ قبل تكليفه تكليفاً رسمياً .

وبلاحظ أن المشروع التهيدى هذا النص كان يتضمن العبارة الآتية :
« أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه
الحائز » ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة مع أهميتها .

فمن الحائز أن يرفض الدائنون عرض الحائز ، فيعرض العقار المرهون
للبيع بالمزاد ، ولكن لا يعرض أحد من المزايد ثمناً أعلى من المبلغ الذى
عرضه الحائز ، حتى لو عرض مزايد ثمناً معادلاً لما عرضه الحائز . عند ذلك
يعتبر المزاد كأن لم يكن ، وتستقر ملكية العقار نهائياً للحائز ، مطهرة من
كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز المبلغ الذى قوم به العقار المرهون .

ومتى دفعت قيمة العقار لأن الدائنين قبلوا عرض الحائز ، أو رفضوه
ولكن لم يتقدم مزايد بثمان أعلى من المبلغ الذى قدر به الحائز قيمة العقار ،
فإن قيمة العقار المدفوعة تقسم بين الدائنين على حسب درجة قيودهم ،
وتدفع إليهم مباشرة ، أو تودع خزانة المحكمة لتوزيعها عليهم قضاء .
وقد أعطى القانون الخيار للحائز بين الدفع أو الإيداع ، قبل الانتهاء
من إجراءات التوزيع (١) .

وبجوز للدائنين أن يلزموا الحائز إيداع القيمة ، إذا كانت لديهم
أسباب معقولة يخشون معها إعساره قبل الانتهاء من إجراءات التوزيع (٢) .

ج - عرض الحائز ورفضه - بيع العقار بالمزاد

٢٩٦ - خيار الدائنين - نص قانونى : تنص المادة ١٠٦٧ مدنى

على ما يأتى :

« يجوز لكل دائن قيد حقه ، ولكل كفيل لحق مقيد ، أن يطلب بيع
العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان

(١) بودرى ود لوان فقرة ٢٤٨٧ .

(٢) بون فقرة ١٣٣٦ مكررة - جيوار فقرة ٢١١٢ - بودرى دى لوان فقرة

٢٨٤٩ - أودرى ورو ٢ فقرة ٢٩٤ - ١٠٠ - محمد كامل مرسى فقرة ١٧٢ .

رسمى . يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى (١) .

ويخلص من هذا النص أن الدائنين المقبدين ، الذين أعلن لهم الحائز عرضه ، يكونون بالخيار بين قبول هذا العرض أو رفضه ، وذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي لآخر دائن مقيد وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى .

فإذا انتهى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين المقبدين ولم يطلب بيع العقار المرهون ، عد هذا الدائن قابلاً للعرض ، وامتنع عليه أن يطلب البيع . ولكن ذلك لا يمنع غيره من الدائنين المقبدين ، ومن الكفلاء لحقوق مقبدة وهم كل كفيل كفل لدائن مقيد حقه فهم يعنيهم أن يكون العرض مرضياً حتى يطمثوا على ما سبق أن كفله ، أن يطلبوا البيع . فإذا طلبه أى واحد منهم ، أو طلبوه جميعاً ، كان انتهاء الميعاد بالنسبة إلى الأولين عديم الأثر . فالدائنون إذن بالخيار بين أن يقبلوا جميعاً العرض هم وكفلاؤهم ، وبين أن يرفض أحد من الدائنين أو الكفلاء ما عرضه الحائز .

فإن قبلوا جميعاً العرض ، صراحة أو ضمناً بأن تركوا ميعاد الثلاثين يوماً (وميعاد المسافة) ينقضى دون أن يطلب أحد منهم البيع ، فقد رأينا فيما تقدم أن العقار المرهون يتطهر من القيود التي عليه إذا دفع الحائز ما عرضه .

والآن ننظر الحالة الأخرى ، وهي كيف يكون الرفض من أحد الدائنين المقبدين أو أحد الكفلاء .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٠ من المشروع التمهيدي ، مروجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ١١١ - ١١٢) .

التفتين المدني السابق : لا مقابل

٢٩٧ - رفض العرض . ولما كان الحائز هو الذى قدر قيمة العقار

المرهون حسب ما يرى ، وكانت إجراءات التطهير تسمح بوفاء الدائن قبل حلول أجل الدين ، وتسمح بالوفاء له جزئياً ، ففى نظير ذلك خول القانون أحد الدائنين المرتهين أو أحد الكفلاء رفض ما عرضه الحائز .

ولكن القانون فرض على الدائن المقيد أو الكفيل الذى يرفض العرض التزاماً هو أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من الثمن الذى عرضه الحائز .

وقد كان التقنين المدنى القديم (م ٧٠٦/٥٨٣) يوجب على من يرفض عرض الحائز أن يزيد هذا العرض بمقدار عشر المبلغ المعروض ، وأن يصحب تقرير الزيادة بإيداع مقدار خمس الثمن ، ويترتب على ذلك وجوب طرح العقار فى المزاد .

وقد لوحظ عند وضع التقنين المدنى الجديد أن هذه الالتزامات شديدة ، قد تثنى من يريد الرفض عن سلوك هذا السبيل . فاكتفى التقنين المدنى الجديد ، فى رفض عرض الحائز ، بطلب عرض العقار المرهون للبيع فى المزاد ، وأعفى الدائن من وجوب زيادة العشر وإيداع خمس الثمن ، مكتفياً بإيداع خزانة المحكمة مبلغاً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، على ألا يسترد ما استغرق من هذا المبلغ فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى قدره الحائز قيمة العقار المرهون .

٢٩٨ - كيف يكون رفض العرض - نص قانونى : نصت المادة

١٠٦٨ مدنى على ما يأتى :

١٥ - يكون الطلب (طلب بيع العقار المطلوب تطهيره) بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، ويوقعه الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلاً

خاصاً . ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات إذا لم يرص المزاد بثمان أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط .

٢٠ - ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه ، إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء (١) .

وقد اكتفت المادة ١٠٦٨ بأن أوجبت على طالب البيع ، أو وكيله ، والتوكيل في التطهير يجب أن يكون توكيلاً خاصاً لأن التطهير من أعمال التصرف ، أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد . ولا يسترد طالب البيع ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات ، إلا إذا رسا المزاد بثمان أعلى مما عرضه الحائز . ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط . ولا يجوز لطالب البيع أن يتنحى عن طلبه إلا إذا وافق جميع الدائنين وجميع الكفلاء ، لأن أحداً منهم يجوز أن يكون قد امتنع عن طلب البيع معتمداً على هذا الطلب . وطالب البيع ملتزم بالبقاء على طلب البيع بإرادته المفردة ، ولا يستطيع الرجوع في ذلك إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء .

وجوز رفض عرض الحائز بطلب يقدمه طالب البيع ، وهو من رفض عرض الحائز ، بإعلان رسمي يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، يطلب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩١ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما اشترط عليه في المذني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٢ - ص ١١٤) .

التقنين المذني السابق م ٥٨٤ / ٧٠٨ فقرة ثانية : ولا يجوز الرجوع عن تلك الزيادة إلا برضاء جميع أرباب الديون المسجلة .

فيه بيع العقار المطلوب تطهيره . ويوقعه طالب البيع أو من يوكله توكيلاً خاصاً في ذلك .

وإذا كان المالك السابق غير المدين ، فإنه يجب إعلان المدين أيضاً بذلك . والغرض من إعلان المالك والمدين إعطاؤهما الفرصة لأداء الدين ، تفادياً من رجوع الحائز عليهما^(١) .

ويشترط في طالب البيع أن يكون أهلاً للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر^(٢) .

ويترتب على طلب أحد الدائنين أو أحد الكفلاء بيع العقار وجوب عرض العقار في المزاد . حتى لو قبل القيمة المعروضة من الحائز كل الدائنين والكفلاء ما عدا هذا الدائن أو الكفيل . إذ يتعلق بطلب هذا الدائن أو الكفيل حق الدائنين والكفلاء الآخرين ، فقد يكونون اعتمدوا عليه واستغنوا به عن أن يطلبوا هم البيع^(٣) .

وقد سوى القانون بين الدائنين والكفلاء ، لأن كفلاء الدين المضمون برهن يكون لهم ، مثل الدائنين . مصلحة في وفاء الدين من قيمة العقار المرهون حتى لا يرجع عليهم بشيء .

وكل دائن قيد حقه يجوز له طلب البيع . ولو كان حقه معلقاً على شرط^(٤) . وليس للدائنين العاديين أن يتدخلوا في إجراءات التطهير ، ولكن دائني الدائن المقيد يستطيعون أن يستعملوا حق مدينهم الدائن المقيد بطريق الدعوى غير المباشرة^(٥) .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٥ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧١ .

(٣) بيدان وفوران ١١١٧ - جرانمولان ٥٦٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ٣٢٣ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧٢ .

٢٩٩ - بيع العقار بالمزاد - نص قانوني : نصت المادة ١٠٦٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا طلب بيع العقار . وجب اتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية . ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل . من طالب أو حائز . وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار » .

« ٢ - ويلتزم الراعي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزلت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات . وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير » (١) .

ويرى من هذا النص أنه إذا رفض أحد الدائنين أو أحد الكفلاء عرض الحائز وطلب بيع العقار المرهون ، فإنه يجب بيع هذا العقار طبقاً للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية .

ويتم البيع بناء على طلب طالب البيع أو الحائز . وعلى من يباشر إجراءات البيع أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به الحائز العقار . فإن هذا المبلغ إذا لم يجاوزه البيع في المزاد انعقد البيع نهائياً للحائز . وخسر طالب البيع ما استغرق من المبالغ الذي قدمه في المصروفات .

ويجوز لكل شخص ، عدا الراهن والمدين إذا كان غير الراهن . أن يدخل في المزاد . فيدخل الدائن طالب البيع وأي دائن آخر ولو كان دائناً

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٢ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التفنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٥ - ص ١١٦) .

التفنين المدنى السابق : لا مقابل .

عادياً ، ويدخل الحائز نفسه إذا أراد أن يزيد فيها عرضه ، وأى شخص أجنبي عن الدين وعن العقار المرهون .

ويجوز للحائز ، فى أى وقت قبل رسو المزاد ، أن يقف الإجراءات باعتبارها مالكا للعقار المرهون ، وأن يمنع البيع فى المزاد بدفع ديون الدائنين والمصروفات . ذلك أن البيع فى المزاد الغرض منه استيفاء الدائنين لحقوقهم ، فما داموا قد استوفوها لم يعد هناك محل للبيع الجبرى (١) .

وقد لا يستعمل الحائز حقه فى ذلك ، وعند هذا يجب الاستمرار فى الإجراءات وبيع العقار المرهون فى المزاد .

فيرسو المزاد على الحائز أو على غير الحائز .

٣٠٠ - رسو المزاد على الحائز : ويرسو المزاد على الحائز فى

حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم يعرض أحد من المزايدين ، أو الحائز نفسه إذا تقدم فى المزاد ، مبلغاً أكبر من المبلغ الذى قدره الحائز قيمة للعقار المرهون . فعند ذلك يرسو المزاد على الحائز بالمبلغ الذى سبق له أن قوم به العقار المرهون ، ويبقى مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصيل ، وتستقر الملكية له ، ولا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . ويظهر العقار من كل حق مقيد عليه ، رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز ، إذا دفع الحائز الثمن الذى سبق أن قوم به العقار . وتقع مصروفات البيع على الدائن طالب البيع (٢) ، لأنه ظهر أنه كان متسرعاً عند ما طلب بيع العقار فى المزاد ، ولم يتقدم مزايده حتى هو بثمن أعلى من الثمن الذى قوم به الحائز قيمة العقار . ويرد إلى طالب البيع من المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة ما زاد على ما أنفق فى البيع من مصروفات ، فإذا كان المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة مبرداً

(١) بيدان وفواران فقرة ١١٢٦

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ٣٢٤ .

لما صرف لم يسترد شيئاً . وإذا كان أقل مما صرف وهذا نادر كان مديناً بالفرق بين المبلغ الذى صرف والمبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة .

(الحالة الثانية) إذا عرض أحد المزايد من مبلغاً أكبر من المبلغ الذى قوم به الحائز العقار المرهون ، فزاد الحائز عليه ورسا عليه المزاى . ففى هذه الحالة ، يلتزم الحائز بالزيادة التى رسا بها المزاى عليه . وتدفع هى وما قوم به الحائز العقار عند العرض للدائنين المرتهنين ، فإن بقى شىء منها كان للحائز لأنه سببى مالكاً للعقار . ويلتزم الحائز أيضاً بمصروفات البيع ، ويرد إلى طالب البيع كل ما أودعه خزانة المحكمة على ذمة هذه المصروفات . ويبقى الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصيل ، فلا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاى . وإذا سجل الحائز حكم مرسى المزاى ، فلا تحصل منه رسوم نسبية إلا بمقدار الفرق بين ثمن المزاى والتمن الأصيل^(١) . ويظهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاى أو أودعه خزانة المحكمة . ويترتب على ذلك أن الكفيل الذى كفل وفاء الحائز بتمن الشراء الأصيل تبقى كفالاته فى حدود هذا الثمن فلا يضمن ما ترتب من الزيادة على البيع فى المزاى ، وأنه إذا بقى شىء بعد وفاء الديون من ثمن المزاى فإن الزيادة للحائز^(٢) ، وأن الحقوق العينية التى يكون الحائز قد قررهما على العقار بعد أن تلتى ملكيته وقبل رسو المزاى تبقى نافذة .

وفى كلتا الحالتين يرجع الحائز ، إما على الراهن الذى تلتى منه حق ملكية العقار المرهون ، أو على المدين إذا كان غير الراهن . فيرجع على الراهن بدعوى الضمان ، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٠ مدنى بقولها : « يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق ، فى الحدود التى يرجع بها الخلف على من تلتى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً » . فيرجع

(١) يبدان وفواران ١١٢٧ .

(٢) بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٥ .

المشتري (الحائز) على البائع (الراهن) بما دفعه زيادة على الثمن الذى اشترى به ، ويرجع الموهوب له (الحائز) على الواهب (الراهن) إذا كانت الهبة بعوض وبالقدر الذى دفعه الموهوب له^(١) . ويرجع على المدين غير الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب ، للحصول على مقدار الدين الذى دفعه عنه دون أن يكون ملتزماً بدفعه فى سند ملكيته . وقد نصت المادة ٢/١٠٨٠ مدنى على أن « يرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق فى ذمته بمقتضى سند ملكيته أياً كان السبب فى دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم . وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين » . فإذا دفع الحائز عن المدين مبلغاً لم يكن قد التزم بدفعه فى سند ملكيته . جاز له الرجوع على المدين إما بدعوى الإثراء بلا سبب لكى يسترد ما دفعه عن المدين^(٢) ، أو بدعوى الحلول إذا كان الدين مضموناً بتأمينات أخرى غير العقار المرهون بشرط أن تكون هذه التأمينات مقدمة من المدين نفسه ، أما التأمينات المقدمة من غير المدين (كفيل عيني) فلا يحل فيها الحائز . لأن الكفيل العيني يكون قد اعتمد على وفاء الدين من العقار المرهون فلا يرجع عليه إلا إذا كان العقار المرهون لم يف بالدين^(٣) .

٣٠١ - ر-و المزاة على غير الحائز : وإذا رسا المزاة على غير

الحائز ، سواء كان الدائن طالب البيع أو أى دائن آخر ولو كان عادياً أو أى شخص أجنبي . انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراسى عليه المزاة ، وظهر العقار من الحقوق المقيدة عليه ، ووجب تسجيل حكم مرسى المزاة وحصل على تسجيله رسوم نسبية كاملة^(٤) . والتزم الراسى عليه

(١) پلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٩٨٤ - بيدان وفواران فقرة ١١٢٨ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ١١٢٨ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٧٥ ص ٢٧٥ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ١١٣١ .

المزاد بأن يدفع . فوق العطاء الذى تقدم به . المصروفات التى أنفقها الحائز فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات . وكذلك المصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير ويغلب أن يكون طالب البيع قد عجلها . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ مدنى تنص على ما يأتى : « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزع ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات . وذلك إلى جانب التزامات بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير » .

وقد اختلف القضاء والفقه فى فرنسا فيما إذا كان غير الحائز الذى رسا عليه المزاد يتلقى الملكية من الحائز . أو يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز .

فذهب القضاء إلى أنه يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز ، استناداً إلى نص المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى التى توجب على الراسى عليه المزاد أن يدفع إلى الحائز كل ما أنفقه فى سند ملكيته وتسجيله وإعلانات العرض وإجراءات التطهير . ويؤخذ من ذلك أن المشرع رغب فى إخراج الحائز من هذه الصفقة كأنه لم يدخلها^(١) .

ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن ملكية الحائز تبقى له إلى حين رسو المزاد على الغير ، ويعتبر الغير الراسى عليه المزاد متلقياً للملكية من الحائز . وأن سند الحائز لا يتمسخ . ولا فرق بين رسو المزاد بعد نزع الملكية نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير وبين رسو المزاد بعد نزع الملكية فى الأحوال العادية . أما حكم المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى فيضمن للحائز الحصول على

(١) پلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٩٨٨ - فقرة ٢٩٨٩ .

ما أنفق من أقرب طريق ممكن وهو طريق الراسي عليه المزاد ، لا من سلفه الذي يغلب أن يكون قد أصبح معسراً^(١) .

والخلاف بين الفقه والقضاء في فرنسا يقتضي ما يأتي : (١) فيما يتعلق بالضمان ، يرجع الراسي عليه المزاد بالضمان على الحائز في الفقه ، ويرجع به على المالك قبل الحائز في القضاء . (٢) من حيث الثمار ، لا يلزم الفقه الحائز بردها ، ويلزمه القضاء بذلك . (٣) في رهون المستجدة . يعتبر الفقه الحائز هو المالك ورهونه نافذة ، ويعتبر القضاء المالك السابق هو المالك ورهونه هي النافذة . (٤) فيما يتعلق بزيادة الثمن الراسي به المزاد على الديون والمصروفات ، يعتبرها الفقه من حق الحائز . ويعتبرها القضاء من حق المالك السابق .

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد برأى الفقه . فنص في المادة ١٠٧٦ مدني على أنه « إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد » . وعلى ذلك يرجع الراسي عليه المزاد على الحائز بالضمان ، ولا يلتزم الحائز برد الثمار إلا من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد (م ١٠٧٩ مدني) ، وينفذ الرهن الذي قرره الحائز ولذلك يتعين إدخال الدائنين المرتهنين من الحائز في الإجراءات حتى يسرى في حقهم حكم مرسى المزاد ويظهر العقار من رهونهم ، وزيادة الثمن تكون للحائز (م ١٠٧٧ مدني) .

ووقع خلاف في الوقت الذي يتم فيه تطهير العقار ، أجمرد تسجيل الحكم بمرسى المزاد ، أم يشترط قيام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن ؟ وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد بالرأى الثاني ، إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمبلغ الذي يرسو به المزاد يودع خزينه

(١) بلانبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٩٩٠ - فقرة ٢٩٩١ - أوبري ورو ٣

فقرة ٢٩٤ دأش ١٠٩ وما بعده .

المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضي الرهون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار^(١) .

د - متى يمتنع التطهير - مصروفاته

٣٠٢ - متى يمتنع التطهير : الغرض من التطهير هو الوصول إلى قيمة مناسبة للعقار المرهون فيها إذا قبل عرض الحائز . أو الوصول إلى أعلى قيمة للعقار المرهون فيها إذا رفض عرض الحائز وبيع العقار بالمزاد الجبرى ورسا مزاده بثمن أعلى مما قوم به الحائز العقار .

وهناك أحوال لا يكون التطهير فيها لازماً فيمتنع ، ويكتفى بالثمن الذى وضعه الحائز فى العقار ، ويقوم التصرف مقام التطهير^(٢) .

من هذه الأحوال أن يكون الدائنون قد ساهموا فى جعل العقار برسو فى المزاد . فنفرض مثلاً أن الحائز قد رسا عليه مزاد العقار المرهون . ودخل فى المزاد أناس كثيرون منهم الدائنون المرتهنون وحاول الجميع الحصول على العقار ، ولكن الحائز أعطى فيه أكبر ثمن ممكن ، فرسا المزاد عليه . فهذا دليل على أن الثمن الذى رسا به مزاد العقار أوصله إلى أعلى قيمة ممكنة فلا يؤمل بعد ذلك الوصول إلى قيمة أعلى منها . فى مثل هذه الحالة يمتنع التطهير ، ويكتفى بالثمن الذى دفعه الحائز للحصول على العقار .

وقد يكون العقار عرض على الجمهور ، بحيث أصبح لا يؤمل زيادة ثمنه على الثمن الذى اشترى به الحائز للعقار . ويكون ذلك فى حالة رسو المزاد ، فى بيع العقار بالمزاد الجبرى . لنفرض مثلاً أن الحائز اشترى العقار فى المزاد الجبرى ، حيث زابد فيه الناس كافة ، ورسا المزاد أخيراً على الحائز . فهنا أيضاً يمكن افتراض أن الثمن الذى رسا به المزاد على الحائز

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٠ - انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٧٦

(٢) L'adéation vaut purge

هو أعلى ثمن للعقار . وأنه لا فائدة من تطهيره . فيمتنع التطهير . ويكتفى بالثمن الذى رسا به مزاد العقار على الحائز باعتبار أنه هو أنسب ثمن . وفى حالة رسو المزاد بعد التقرير بالزيادة ، يكون ما يرسو به العقار على المزايد الذى رفع أكبر ثمن هو الثمن المناسب للعقار .

وقد نصت المادة ٦٧٥ من قانون المرافعات المختلط الملغى على أن « حكم مرسى المزاد المسجل بحسب الأصول يطهر العقار من كل الرهون التأمينية ، ولا يكون للدائنين سوى الحق فى الثمن » . ولم يأت قانون المرافعات الأهلى الملغى بنص يقابل المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط ، ولكن كان رأى العمل بحكم هذه المادة ، لأن القانون الأهلى يوجب إدخال الدائنين فى إجراءات البيع وفى إجراءات التوزيع ، وينص على انتهاء إجراءات التوزيع بشطب رهونهم ولو لم يبق لهم من ثمن البيع ما يستوفون منه حقوقهم . ولأنه نص فى المادة ٤٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن « تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيى . ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » .

ويعتبر التطهير أيضاً غير مجد وغير لازم فى حالة نزع الملكية للمنافع العامة . ولكن ذلك يرجع لأسباب أخرى غير الأسباب التى تقدم ذكرها . إذ لا يمكن عرض العقار المنزوع ملكيته للمنافع العامة للبيع بالمزاد^(١) .

وبوجه عام . إجراء التطهير لا يكون إلا فى الحالات التى ينتقل فيها العقار إلى الحائز وهو محمل بالرهن . وعلى ذلك إذا كان من طبيعة التصرف الذى يرتب الملكية للحائز تحرير العقار من الرهن ، فلا يكون هناك داع لإجراء التطهير ، إذ يكون العقار قد انتقل إلى الحائز محرراً بالفعل مما يشمله من ديون . ويلاحظ أن التصرف ، وإن ترتب عليه تطهير العقار من الرهن ،

(١) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ١٨١ - سليمان مرقس فقرة ١٧٧ .

لا يؤدي إلى الإضرار بالدائن المرتهن . وفي حالة تنفيذ على العقار . يكون البيع بالمزاد العلني وبإشراف القاضي . ويشترك الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ . وبذلك تعطى الفرصة لأن يأتي العقار بأكبر ثمن ممكن . وفي حالة نزع الملكية . يقرر القانون من الأحكام ما يكفل بها الحصول على تعويض عادل . وعلى ذلك فالتصرف الذي يحرر العقار من الرهن يخرره مع ضمان الحصول على أكبر قيمة ممكنة معتد . وهذه هي نفس وظيفة التطهير^(١).

٣٠٣ - مصروفات التطهير : لا يوجد نص عام يحدد من يتحمل

مصروفات التطهير . ولكن يوجد نصوص متفرقة . وقواعد قانونية .

فإذا قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز ، تحمل الحائز نفقات الإعلانات الموجهة لولا الدائنين . على أن للحائز أن يرجع بهذه النفقات على مملكه إذا كان له حق الرجوع عليه بالضمان . كما إذا تملك العقار المرهون بمقابل . ولم يتفق على تحمله مصروفات التطهير .

أما إذا بيع العقار بالمزاد ، بأن رفض الدائنون المقيدون عرض الحائز . التزم الراسي عليه المزاد بدفع المصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير ، وذلك بجانب التزامه بدفع الثمن الذي رسا به المزاد عليه (م ١٠٦٩ / ٢ مدني) . ويكون للحائز ، إذا رسا المزاد عليه ، أن يرجع بها على مملكه بدعوى الضمان إذا توافرت شروط هذه الدعوى^(٢).

وإذا كان التصرف الذي أعقبه التطهير عقد بيع ، فالأصل أن البائع هو الذي يتحمل مصروفات التطهير . لأنه ملزم بتسليم العقار خالياً من كل رهن . ولكن قد يشترط البائع غير ذلك . فيلزم المشتري (الحائز) بدفع هذه المصروفات^(٣).

(١) انظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٢٢٦٣ - جرانمولان فقرة ٥٥٦ - نقض فرنسي ١٠

يونيه سنة ١٩٠٧ دالورز ١٩٠٧ - ١ - ٣١٩ .

وإذا كان العقد من غير مقابل ، فالأصروفات على الحائز^(١).

§ ٣ - تخلية العقار

(Délaissement hypothécaire)

٣٠٤ - **الفرض من التخلية :** التخلية هي أن يترك الحائز العقار ،

ويكون ذلك في يد حارس^(٢) أو أمين للعقار^(٣) تعيينه المحكمة ، ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة هذا الحارس ، بدلا من أن يكون ذلك في مواجهة الحائز نفسه . وذلك حتى لا تبدأ الإجراءات أو تستمر في مواجهة الحائز ، ولا يظهر اسم هذا في الإعلانات ، حتى لا تسوء سمعته المالية وتكون الإجراءات سبباً في أن يشتهر بالإعسار ، وحتى يتخلص من مسئولية إدارة العقار بعد أن ألحقت ثماره به من وقت الإنذار^(٤).

ويجب ألا تقيد التخلية بأي شرط^(٥) ، فتشمل كل العقارات المرهونة التي تكون في يد الحائز بصفته هذه ، فإذا كان الحائز قد تصرف قبل الإجراءات الموجهة إليه في جزء من العقارات ، وقعت التخلية في الباقي منها^(٦).

والتخلية هي من النظم القانونية المتخلفة عن القانون الروماني ، وكان من أهم حقوق الدائن المرتهن في القانون الروماني عند حلول أجل حقه وعدم

(١) بودري ودی لوان فقرة ٣٢٦٣ - جرائمولان فقرة ٥٥٦ - وانظر في ذلك محمد

كامل مرسى فقرة ١٧٩ .

(٢) séquestre

(٣) curateur

(٤) بيدان وقواران ١١٧٩ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٤ - جرائمولان

٤٨٣ - محمد كامل مرلی ١٨٣ .

(٥) م ٢١٨٦ مدنی فرنسی : يجب أن نجري من غير أي تحفظ (sans aucune réserve).

(٦) هياك ١٤ فقرة ٣٥ - جزار فقرة ١٦٧٣ - بودري ودی لوان فقرة ٢١٨١ .

الوفاء به ، أن يدخل في حيازة العقار المرهون ويستولى عليه من مالكة .
وتطور الأمر فلم يعد من حق الدائن المرتهن أن يستولى على حيازة العقار
المرهون ، بل أن يطلب بيعه في المزاد العلني ، ومع ذلك بقيت فكرة التخلية ،
وأصبحت حقاً للحائز لا للدائن المرتهن^(١) .

ويترتب على التخلية ، لا وقف الإجراءات ، ولكن تحويل مجراها .
فبعد أن كانت تتخذ في مواجهة الحائز ، أصبحت تتخذ في مواجهة
الحارس أي أمين العقار^(٢) .

٣٠٥ - من له الحق في التخلية . والتخلية مقررة للحائز ، للأسباب
التي تقدم ذكرها . والحائز غير مسئول عن الدين ، فيحق له أن يتفادى
إجراءات البيع في مواجهته^(٣) .

غير أن الحائز قد يصبح مسئولاً عن الدين لسبب لاحق ، فعندئذ
لا تجوز له التخلية . مثل ذلك أن يجبر الحائز على قضاء الديون في حالة من
الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني ، وفي كلتا الحالتين لا يجوز
للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية عن العقار ، ولكن
إذا هو وفي لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز
الحق في طلب محو ما على العقار من القيود^(٤) (م ٣/١٠٦٣ مدني) . وإذا
عرض الحائز تطهير العقار فقبل العرض ، أصبح ملزماً بدفع المبلغ الذي
قوم به العقار ، ولم يجز له أن يلجأ إلى التخلية . أما إذا رفض العرض وشرع
الدائنون في إجراءات البيع ، فإن الحائز لم يصبح ملاماً بما عرض ، ومن ثم
تجوز له تخلية العقار^(٥) .

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٤ - مازو ٣ فقرة ٤٩٨ - سمير تناغر فقرة ٥٨ .

(٢) بيدان وفواران ١٤ فقرة ١١٧١ - سمير تناغر فقرة ٥٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ٢١ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ - بيدان وفواران ١٣ فقرة ١١٧٢ - بلانيول

وريبير وبيكه ١٣ فقرة ١١٤٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٨١٢ - جوسران ٢ فقرة

١٩٠٥ - سمير تناغر فقرة ٥٩ .

ويجب أن تتوافر في الحائز . حتى يستطيع تخلية العقار . أهلية التصرف .
لأن التخلية معانها الاعتراف بحقوق الدائنين المقيدين . والنزول عن كل
دفع يستطيع أن يدفع به إجراءاتهم ، وهذا كله من أعمال التصرف (١) .
وهناك من ينكر أن التخلية من أعمال التصرف لأن الحائز إنما يتخلى عن
الحيازة المادية للشيء لا عن ملكيته ولا عن حيازته القانونية . مع الاعتراف
في الوقت نفسه بخطورة التخلية مما يجعلها في حكم أعمال التصرف (٢) .

وإذا لم يكن المدين الشريك في الدين متضامناً . ودفع حصته في الدين .
لم يعد مديناً وجازت له تخلية العقار (٣) . وليس للحائز طلب التخلية إذا
تعهد للدائنين المقيدين . سواء في عقد تملكه أو في اتفاق لاحق . بأن يدفع
لهم الثمن . لأن هذا التعهد يجعله ملزماً شخصياً ويترتب عليه حرمانه من حق
التخلية (٤) . أما إذا كان الحائز قد تعهد للبائع ، فإن هذا التعهد يعتبر
اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويجوز للدائنين أن يقبلوا الشرط فيرجعوا على
المشتري بالثمن ولا تجوز التخلية . أو يرفضوه ويلجأوا إلى دعوى الرهن
فيكون للحائز طلب التخلية (٥) .

وليس لبعض الحائزين حق التخلية ، فليس لمن يرسو عليه المزار

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٨٧ وهامش ٤٣ - بيدان وفواران ١٤ فقرة ١١٧٦ -
بلانيون وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٨١٣ - سمير تناغر
فقرة ٥٩ .

(٢) أنسيكلوبيدي دالوز ٢ ص ٩٢٩ فقرة ٤٠٢ - محمد كامل مرسى فقرة ١٨٦ -
سليمان مرسى فقرة ١٧٧ ص ٢٨٢ .

(٣) هيك فقرة ٣٥ - جيوار فقرة ١٦٧٧ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨
هامش ٣٦ - محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

(٤) لوران فقرة ٢٩٣ - جيوار فقرة ١٦٧٥ - بودري ودي لوران فقرة ٢١٨٤ -
أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

(٥) هيك فقرة ٣٢ - بون فقرة ١١٨٠ - بودري ودي لوران فقرة ١٨٥ - أوبر
و ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٢٧ هامش ٣٩ - محمد كامل مرسى فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

لتحاصل بالمحكمة التخلي عن العقار ، بل يجبر على أن يدفع لأصحاب الديون المقيدة الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، وليس عليه دفع شيء زيادة على ذلك^(١) . كذلك لا يكون للحائز الحق في التخلية إذا كان لم يدفع الثمن وكان يكتفى لقضاء الديون المقيدة ، أو كان الباقي من الثمن يكتفى لقضاها ، وللبيع أن يعترض على التخلية ، حتى لو كان الدائنون قد بدأوا الإجراءات^(٢) . وإذا كانت الديون المقيدة أكثر من الثمن ، ولكن اكتفى جميع أرباب الديون بالثمن وقبلوا محو القيود مقابل دفع هذا الثمن ، فلا يجوز للحائز طلب التخلية^(٣) . والكفيل العيني يستطيع أيضاً أن يتخلى عن العقار ، وقد مرى المشرع بينه وبين الحائز فيما يتعلق بالتخلية ، فنصت المادة ٢/١٠٥١ مدني على ما يأتي : « وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون رتقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي تتبعها الحائز في تخليه العقار^(٤) » .

ويلاحظ أن من له حق التخلية ، من حائز أو كفيل عيني . إنما يتخلى

(١) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة صر ١ رقم ١١٠ ص ١٩٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٧٨ - بودر ود لوان فترة ٢١٨٧ - جرائمولان فقرة ٨٦ : .

(٣) هيك ١٤ فقرة ٢٢ - جيوار فقرة ١٦٧٨ - بودر ود لوان فقرة ٢١٨٧ . وانظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٨٥ .

(٤) ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل : « إن الكفيل العيني في تقديرنا يتوافر فيه صفة المديونية ، ولكنه يحدد المسؤولية ضماً في نطاق العقار المرهون فقط . وهو بذلك يتمتع عليه التطهير باعتبار أنه مسؤول عن أداء الدين في الحدود المتقدمة . ولكن ليس ثمة ما يمنع من السماح له بتخلية العقار لتوافر الخذف من تقرير هذه الوسيطة القانونية . فكل ما يسعى إليه الكفيل هنا هو ترك الحيازة العرضية ، حتى يتجنب إشراكه في إجراءات نزع الملكية . وهو باتخاذ هذا الموقف يستند إلى أنه مدين تابع ، وأنه لا ضرر على الدائنين من انسحابه أثناء التنفيذ على العقار » (شمس الدين الوكيل فقرة ١١٦ ص ٣٠٩ - وانظر أيضاً سمير تنافر فقرة ٩٥) .

عن العقار المرهون ، لا في ملكيته ، ولا في حيازته القانونية ، وإنما يتخلى عن الحيازة المادية للعقار المرهون ، وذلك للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ الإجراءات في مواجهة هذا الحارس أو الأمين ، بدلا من اتخاذها في مواجهة الحائز أو الكفيل العيني .

٣٠٦ - ميعاد التخلية : يكون للحائز طلب التخلية من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخلية ، وذلك لأن قضاء الديون يجوز لكل شخص بمجرد حلول أجل الدين ، ولأن التطهير ورد في شأنه المادة ١٠٦٤/٢ تجيز الالتجاء إليه حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى الحائز ، ولم يرد بشأن التخلية نص مماثل . فوجب أن تبدأ من وقت إنذار الدائنين للحائز بالدفع أو التخلية^(١) .

ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسو مرسى المزاد ، إلا أنه لا يحدث عملاً أن يتأخر الحائز إلى هذا الوقت ، لأن الإجراءات تكون قد اتخذت في مواجهته شخصياً وهو لا يريد ذلك^(٢) . وقد كان التقنين المدني المختلط ينص صراحة على جواز ذلك ، إذ جاء في المادة ٦٩٩ مدني مختلط أن « يبقى كل من الحق في عرض المبلغ الكافي لوفاء الدين والحق في تخلية العقار حين بيع العقار في المزاد بعد حجزه » .

٣٠٧ - إجراءات التخلية - نص قانوني : نصت المادة ١٠٧١ مدني على ما يأتي :

« ١ - تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش

(١) سليمان مرقس فقرة ١٨١ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٨٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٢ - سليمان مرسى

فقرة ١٨١ - سمير تنافر فقرة ٦٠ .

تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وبأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

٢٠ - ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك (١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : ١٠ - إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير ، بقى أمامه أن يخلى العقار ، حتى يكفى نفسه المؤونة في مواجهة إجراءات التنفيذ ، وحتى يتقضى الظهور في هذه الإجراءات شخصاً تنزع ملكيته بما ينطوى على ذلك، من مساس بسمعته . وتكون التخلية بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار ، ويؤشر به في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بالتخلية في مدى خمسة أيام من وقت التقرير بها ، وهذا إجراء ضرورى لم يرد ذكره في التقنين الحالى (السابق) . ٢ - فإذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكا للعقار . ويجوز لكل ذى مصلحة ، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٤ من المشروع التمهيدى ، هل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٣ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢١ - ص ١٢٤) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٥ / ٧٠٩ : تكون تخلية العقار بتقرير من حائزه ، فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدانرتها العقار .

م ٥٨٦ / ٧١١ : يعين بمعرفة قاضى المواد الجزئية ، بناء على عريضة من يطلب التعجيل من الأخصام ، أمين للعقار المخل ، وتحصل فى مواجهته الإجراءات المتتالية بالبيع الفهرى . ويعين كذلك المأورية الحائز للعقار إذا طالها .

ويجب تعيين الحائز حارساً ، لا باعتباره حائزاً فيتعرض المساس بالسمعة ، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ^(١) .

فتخلى العقار المرهون تكون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب محكمة العقار ، ويؤشر بهذا التقرير في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلي في خلال خمسة أيام من يوم التقرير بها . ولم يكن التقنين المدني السابق يذكر وجوب إعلان التقرير إلى الدائن المباشر للإجراءات ، مع أن هذا إجراء لازم ليعلم هذا الدائن بالتخلي فيطلب تعيين حارس تتخذ في مواجهته الإجراءات .

ويعلن التقرير أيضاً إلى المدين ، وينبه عليه كما ينبه على الدائن المباشر للإجراءات ، بالحضور للمحكمة لسماع الحكم بالتخلي^(٢) ، ويجوز عندئذ الاعتراض على التخلي إن كان لذلك محل . وإذا قبل كل من المدين والدائن التخلي ، فإن التنبيه عليهما بالحضور للمحكمة يكون غير لازم^(٣) .

وعند ذلك تتوقف الإجراءات ، إلى أن يطلب كل ذي مصلحة ، من دائن أو رهن أو الحائز نفسه ، تعيين الحارس . ويقدم طلب تعيين الحارس إلى قاضي الأمور المستعجلة ، فيعين حارساً أو أميناً للعقار تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . وقد يطلب الحائز تعيينه حارساً ، فيجب على قاضي الأمور المستعجلة تعيينه . على أن طلب الحائز تعيينه حارساً أمر نادر ، لأنه لو أراد أن تكون الإجراءات في مواجهته لما تخلى عن العقار . على أن الحائز قد يطلب تعيينه حارساً ، فيعين لا باعتباره حائزاً ، وبذلك يتوفى المساس بسمعته المالية . وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٢ .

(٢) استئناف مخطط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٦ ش ٢١ .

(٣) بودري ردي لوان ٢١٩٢ - أوبري ورو ٣ فترة ٢٨٧ هامش ٤٣ مكرر

وهامش ٤٤ .

وإذا لم يراع إجراء من هذه الإجراءات ، كانت التخلية باطلة ،
وللدائن المباشر للإجراءات أن يستمر فيها في مواجهة الحائز نفسه .

٣٠٨ - المجموع عن التخلية بعد تقريرها : ويجوز للحائز الذي قرر
تخلية عن العقار المرهون أن يرجع في ذلك ، فإن له حتى وقت رسو المزاد
أن يدفع الديون لأرباب الديون المقيدة ، وإذا فعل فإنه يخلص عقاره
(م ١٠٦١ مدني)^(١).

ويترتب على أن الحائز يعتمد إلى دفع الديون للدائنين المقيدين أن التخلية
لا تنتج آثارها ، إذ يدفع الديون لاتخاذ إجراءات نزع الملكية . ولكن
يجب ، لتخليص العقار ، أن يقوم الحائز بدفع الديون كلها بفوائدها ومصرفاتها
حتى يتخلص العقار من قيود هذه الديون^(٢) .

٣٠٩ - ما يترتب على التخلية : لا يتخلى الحائز عن ملكية العقار ،
ولا عن حيازته القانونية ، ولكن عن حيازته المادية فحسب^(٣).

فيظل الحائز مالكا ، ويجوز له أن يتصرف في العقار إلى وقت تسجيل
تنبيه نزع الملكية^(٤) . ويظل حائزا ، ولذلك تستمر مدة التقادم التي بدأت
لمصلحته في كسب حق ما^(٥) . ولما كانت التخلية لا يترتب عليها نقل حق على
العار ، فإنه لا يجب في شأنها التسجيل^(٦) .

(١) بيدان وفواران فقرة ١١٨٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٨٩٠ - محمد
كامل مرسى فقرة ١٨٩ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٤ - سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ١١٨٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٣٨٩٠ - محمد
كامل مرسى فقرة ١٨٩ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٤ - سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ - سمير
تناخر فقرة ٦١ .

(٤) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٨١٤ - سمير تناخر فقرة ٦١ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ .

(٦) بيدان وفواران ١٤ فقرة ١١٨٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣

و بمجرد التخلية تتوقف الاجراءات في مواجهة الحائز ، ولصاحب المصلحة أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات بيع العقار في المزاد ، وإجراءات بيع العقار في المزاد لا تختلف ، سواء اتخذت في مواجهة الحارس أو اتجهت في مواجهة الحائز نفسه . ولذلك يرى بعض الفقهاء أن نظام التخلية لا يحقق نفعاً كبيراً^(١) ، ولكن هذا النظام يحقق للحائز تجنب ظهور اسمه في إجراءات نزع ملكية العقار المرهون ، ويجنبه مشقة إدارة العقار المرهون . ويحقق للدائن المرتهن اعتراف الحائز بحقه ، ونزوله عن كل دفع يستطيع توجيهه إلى الدائن .

٣١٠ - آثار التخلية : ومن آثار التخلية ما يأتي :

- (١) إذا انقضى الرهن لأي سبب من الأسباب ، فإن للحائز أن يسترجع العقار^(٢).
- (٢) الرهون التي يقررها الحائز على العقار المحلى بعد التخلية تكون صحيحة ، ويدخل الدائنون المرتهنون بعد التخلية في الثمن الراسى به المزاد بحسب درجة رهونهم^(٣).
- (٣) إذا هلك العقار بحادث جبرى قبل رسو المزاد ، فإن الهلاك يكون على الحائز ، ولا يبرأ من الثمن الذي يكون في ذمته^(٤).
- (٤) إذا رسا المزاد بثمان أعلى من الدين المضمون ، فإن الزائد يكون من حق الحائز^(٥).

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٤٤ - كولان وكايتان ٣ - فقرة ١٨١٢ - سيمر تناخر فقرة ٦١ ص ١٨٨ .

(٢) بيدان ٢ فقرة ١٩٤٣ .

(٣) لوران ٣١٨ - هيك ٤٩ - جيوار ١٦٨٥ - بودرى ودى لوان ٢١٩٥ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(٤) بون ١٢١٦ - جيوار ١٦٨٥ - بودرى ودى لوان ٢١٩٥ .

(٥) لوران ٢٩٨ - هيك ٣٧ - جيوار ١٦٨٣ - بودرى ودى لوان ٢١٩٥ =

(٥) يكون للحائز ، حتى رسو المزاد ، أن يسترجع العقار بقضاء الدين المضمون بالرهن ومصرفات الإجراءات^(١).

فالحائز للعقار الذى يتخلى عنه يكون فى نفس المركز الذى يكون فيه الحائز للعقار الذى لا يتخلى عنه ويتحمل إجراءات نزع الملكية^(٢).

٣١١ - بهر النجاة : فإذا تمت التخلية وعين حارس للعقار ، اتخذت

إجراءات بيع العقار المرهون فى مواجهة الحارس . لا فى مواجهة الحائز . ولا تختلف الإجراءات عن تلك التى تكون موجهة إلى الحائز .

وبحوز للحائز أن يدخل فى المزاد . وأن رسو المزاد عليه ، كما فى حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما فى حالة نزع الملكية فى مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز . انتقلت الملكية من الحائز إلى الراى عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التى تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز فى حالة بيع العقار للحائز نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير^(٣).

§ ٤ - تحمل إجراءات نزع الملكية

٣١٢ - نص قانونى : نصت المادة ١٠٧٢ مدنى على ما يأتى :

= و ٢٢١٧ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٢٣٨ هاش ٤٥ مكرر وهاش ٦١ - محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ١٩٠ ص ٢٥٨ .

(٣) بيدان وقواران فقرة ١١٨٢ - سليمان مرقس ١٨٤ .

وانظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ١٨٤ .

« إذا لم يختَر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلّى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد » (١).

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا لم يختَر الحائز دفع الديون المقيدة ولم يلجأ إلى التطهير أو التخلية ، اتخذت الإجراءات في مواجهته هو باعتباره حائزاً . ويجب لاتخاذ الإجراءات في مواجهته أن ينذر ، بعد التنبيه على المدين أو مع التنبيه ، ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه ، وفي هذا تقنين للقضاء المصرى في هذه المسألة . وعلة هذا الحكم أن المدين هو الذى يجب اتخاذ الإجراءات ضده أولاً ، أما الحائز فهو تابع للمدين وتتخذ الإجراءات ضده بعد المدين أو معه » (٢).

ويرى من ذلك أنه إذا لم يؤد الحائز الديون ولم يطهر ولم يتخل ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات بيع العقار في مواجهته . ويلزم لذلك التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار ، وإنذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٥ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٤ - ص ١٢٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٧٤ / ٦٩٢ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار في يد حائز آخر ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يشرع في نزع ملكيته إلا بعد للتنبيه على الحائز المذكور تنبيهاً رسمياً بدفع الدين أو بتخلية العقار ، وبعد مضي الثلاثين يوماً المقررة في قانون المرافعات للتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ .

فلتنظر في إيجاز ، كيف عالج تقنين المرافعات الحديد كلا من الأمرين .

٣١٣ - التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون : نصت المادة

٤٠١ من تقنين المرافعات الحديد على ما يأتي :

« يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، لشخصه أو لموطنه ، مشتملاً على البيانات الآتية : فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ » .

والحائز ، إذا لم يختر أداء الديون أو التطهير أو التخلي ، وجب التنفيذ في مواجهته هو ، ببيع العقار المرهون جبراً بالمراد العيني .

ويسبق ذلك أن يعلن الدائن المرتهن المدين الراهن بالتنبيه بنزع ملكية العقار المرهون ، ويشتمل التنبيه على بيانات معينة ذكرتها المادة ٤٠١ مرافعات ، ولا محل لذكرها هنا فهي من مباحث المرافعات .

فإذا كان العقار المرهون مملوكاً لغير المدين ، أى مملوكاً لكفيل عيني ، أعلن التنبيه بنزع الملكية إلى الراهن أيضاً ، بعد تكليف المدين بالوفاء . وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات البيع ستتحذ ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الحقيقي عن الدين ، إذ أن الحائز إذا نزع ملكيته للعقار المرهون سيكون له حق الرجوع على المدين . فوجب توجيه المطالبة أولاً إلى المدين حتى تتحقق مسئوليته عن عدم الوفاء^(١) .

٣١٤ - إنذار الحائزين برفع الدين أو تخلي العقار : وتنص المادة ٤١١

من تقنين المرافعات الحديد على ما يأتي :

« إذا كان العقار مشغلاً بتأمين عيني ، وآل إلى حائز بعقد سجل قل

(١) بيدان وفواران فقرة ١٠٢٦ - سليمان مرنس فقرة ١٢٢ ص ٢١٢ - سنان

هتلت ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨ .

تسجيل التنبيه . وجب إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار ، وإلا جرى التنفيذ في مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان باطلاً . ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ .

وتنص المادة ٤١٢ مرافعات على ما يأتي :

« يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه » . وتنص المادة ٤١٣ مرافعات على ما يأتي :

« إذا تبين سبق تسجيل إنذار الحائز على العقار ذاته ، طبقت أحكام المادتين ٤٠٢ و ٤٠٣ ، وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار » .

ولا يغني عن إنذار الحائز علمه باتخاذ إجراءات نزع الملكية . وإذا توالى انتقال ملكية العقار المرهون من حائز إلى آخر ، كان الإنذار للحائز الأخير^(١) .

وقد اشترط المشرع في إنذار الحائز شرطين : (١) أن يكون الإنذار تالياً للتنبيه أو حاصلًا معه في وقت واحد (م ١٠٧٢ مدني) ، فلا يصح أن يكون الإنذار قبل التنبيه . (٢) أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز (م ٤١١ مرافعات) . فإذا تخلف أحد هذين الشرطين ، وقع الإنذار باطلاً (م ٤١١ مرافعات)^(٢) .

ويجب أن يتم الإنذار على يد محضر ، وأن يستوفي البيانات المعتادة في أوراق المحضرين ، والبيانات اللازمة لإخبار الحائز بحقيقة مركزه وبما ينبغي له القيام به ، كبيان الدين المطلوب والعقار المراد نزع ملكيته وإعلان الحائز بوجوب الدفع أو تخلية العقار .

(١) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧٥ .

(٢) استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧١ - ١١ مايو سنة ١٩٢٢

٣٤٠ ص ٣٩٣ .

ويترتب على عدم إنذار الحائز ، أو على بطلان الإنذار أن إجراءات البيع وحكم مرسى المزاد لا يجوز الاحتجاج بها على الحائز^(١) . وأنه إذا رفعت يد الحائز عنوة جاز له أن يطلب إعادة يده على العقار . ويجب أن يحكم للحائز بذلك ، دون أن يثبت أنه كانت له مصلحة في توجيه الإنذار إليه لأن القانون افترض وجود هذه المصلحة دائماً^(٢) . ولا يجوز لغير الحائز أن يتمسك بعدم الإنذار ، أو ببطلانه^(٣) . وقد حكم بأن علم الحائز باتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار الذي آل إليه لا يفنى عن إنذاره ، لأن الإنذار إجراء أساسى أوجبه القانون^(٤) .

٣١٥ - اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز : ويستمر الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، إذا لم يلجأ هذا إلى قضاء الدين أو التطهير أو التخلية^(٥) . وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن الإجراءات عادة ضد المدين^(٦) .

٣١٦ - ما يترتب على إنذار الحائز : وقد نصت المادة ٤١١

(١) استئناف وطنى ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦١ ص ١١٨ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٩ ص ٥٠١ - ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٨ ص ٣٩١ - استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦١ - ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ - ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٣ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٤ .

(٢) أسبوط الابتدائية ١٢ مارس سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧ ص ٩٢٦ .

(٣) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٤ ص ٣٣٩ .

(٤) استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٢ ص ٢٣٣ - استئناف

مخطط ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ - ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ .

(٥) استئناف مخطط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٣ .

(٦) بيدان وفواران فترة ١٠٢٤ - سليمان مرقس فترة ١٣٢ ص ٢١٦ .

مرافعات ، كما رأينا ، على أنه « يترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ » .

وهذه الأحكام هي :

م ٤٠٦ مرافعات : « تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة . ولكل دائن بيده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضي التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وحتى الثمار وبيعها . وتباع الثمار والمحصولات في كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى بإذن بها القاضي ، ويودع الثمن خزانة المحكمة » .

م ٤٠٧ مرافعات : « إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضي التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي . وللمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون أجر ، إلى أن يتم البيع . وإذا كان العقار مؤجراً ، اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر ، وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي بعدم دفعها للمدين . وإذا وفي المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف ، صح وفاؤه ، وسئل عنها المدين بوصفه حارساً » .

م ٤٠٨ مرافعات : « مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى في شأن إيجار العقارات ، تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه في حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشر . أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، فلا تنفذ في حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة » .

م ٤٠٩ مرافعات : « المخاصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات واجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة » .

م ٤١٠ مرافعات : « تطبق العقوبات المخصوص عليها في المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٦١ من قانون العقوبات على المدين ، إذا اختلس الثمرات أو الإيرادات التي تلحق بالعقار المحجوز ، أو إذا أتلّف هذا العقار أو أتلّف الثمرات » .

٣١٧ - معارضة الحائز والدفع التي يجوز له التمسك بها - نص قانوني :

نصت المادة ١٠٧٣ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز » .

٢ - ويجوز للحائز ، في جميع الأحوال ، أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها ^(١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : « فإذا ما وجه الإنذار للحائز كان له حق المعارضة ، وله أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٦ من المشروع التمهيدى ، ملوجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٥ في المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦١ ، ثم خُلى الشيوخ تحت رقم ١٠٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٦ - ص ١٢٨) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

كانت قضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو بالمقاصة أو بغير ذلك . بل له أيضاً أن يتمسك بالدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها قبل الحكم ، بشرط أن يكون في موقف من شأنه ألا يجعل للحكم حجبة قبله ، ويتحقق ذلك إذا كان الحكم لاحقاً لتسجيل سنده ولم يكن طرفاً في الدعوى ، فإن الحكم في هذه الحالة لا يكون حجة عليه ما دام قد سجل سنده قبل صدوره ولم يدخله الدائن خصماً ثالثاً . فإن كان الحائز لم يعارض أو عارض فرفضت معارضته ، سير في إجراءات نزع الملكية وفقاً للأوضاع المقررة»^(١) .

فللحائز إذن أن يعارض في الإنذار الموجه إليه ، في أي وقت في أثناء إجراءات نزع الملكية^(٢) . فإذا لم يعارض حتى الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن ، فإن هذا الحكم يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه^(٣) . وله أن يتمسك بالدفع الخاصة به ، والدفع الخاصة بالراهن ، والدفع الخاصة بالمدين .

فالدفع الخاصة به مثل الدفع ببطالان القيد^(٤) ، والدفع بالضمان إذا كان الدائن المرتهن ملزماً شخصياً قبله بضمان الاستحقاق كما لو كان الدائن كفيلاً للبائع إلى الحائز . وليس للحائز أن يدفع بأنه صرف على العقار مصروفات ضرورية أو نافعة ، ولا أن يطلب من الدائن أن يعرضه من هذه المصروفات قبل السير في الإجراءات . ولكن له أن يمتنع عن تسليم العقار المرهون إلى من يرسو عليه المزاد حتى يستوفي ما صرف ، فيكون له الحق في حبس العقار المرهون حتى يستوفي المصروفات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ - ص ١٢٨ .

(٢) استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢١ - ٤ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ .

(٣) استئناف مصر ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٦ ص ٥٢١ - استئناف مخطط ١٤ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مخطط ٣ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

ومن الدفع الخاصة بالراهن الدفع ببطلان الرهن . أو بانقضائه .
ومن الدفع الخاصة بالمدين الدفع ببطلان الدين ، أو بانقضائه^(١) .
أو بالمبالغة في مقداره^(٢) ، أو بعدم حلول أجله . وتجب التفرقة بين ما إذا
كان الدين ثابتاً ومحددًا بالعقد الرسمي (الرهن) . وبين ما إذا كان الدين
قد ثبت أو تحدد بحكم لاحق لعقد الرهن . ففي الحالة الأولى ، يكون للحائز
التمسك بجميع الدفع التي يجوز للمدين أن يدفع بها المطالبة . أما في الحالة
الثانية ، فالمفروض أن المدين قد تمسك في الدعوى بكل أوجه الدفع الحائزة
له أو أنه نزل عن التمسك بها ، ويكون الحكم الذي صدر في الدعوى حجة
عليه برفض الدفع أو بنزوله عنها . فيكون حجة أيضاً على خلفه الخاص .
فإذا كان المدين هو الراهن وباع العين إلى الحائز بعد صدور الحكم عليه
بالدين ، كانت للحكم حجية بالنسبة إلى الحائز ولم يجوز لها أن يتمسك
بالدفع التي كانت للمدين قبل الحكم ، ولكن يجوز له أن يتمسك بعد
ذلك بما استجد من دفع كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بغيره . أما إذا
كان المدين الراهن قد تصرف في العقار المرهون إلى الحائز وسجل هذا
عقده قبل صدور الحكم على المدين بإلزامه بالدين ، فإن الحكم الذي يصدر
بعد تسجيل عقد الحائز لا يكون حجة عليه ما دام لم يكن طرفاً في الدعوى ،
لأن الحائز يعتبر من الغير بالنسبة إلى المدين فيما يتعلق بهذا الحكم . فيجوز
له أن يتمسك بالدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها في الدعوى^(٣) .

§ ٥ - موقف الحائز من بيع عقاره بالمراد

٣١٨ - وضع المصان : هنا يتجمع عدد من المسائل . تدور كلها
حول موقف الحائز من بيع عقاره بالمراد ذلك أن القانون أورد بعد ذلك

(١) استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٧) استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ - ٤ يونيو سنة ١٩٣١

م ٤٣ ص ٤٣٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٤ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ - سليمان مرقس نقرة ١٣٣ .

عدداً من النصوص في هذه المسألة ، وهي لا تخص فقط الحائز وهو تنزع ملكيته باعتباره حائزاً . بل إن الحائز قد يباع عقاره المرهون بالمزاد في أوضاع ثلاثة : (١) عقب إجراءات التطهير ، عندما يرفض الدائنون المقيدون عرض الحائز ، ويلجأون إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز . (٢) عقب التخلية ، عندما ما يعين قاضي الأمور المستعجلة حارساً للعقار أو أميناً له ، ويلجأ الدائنون المقيدون في مواجهة هذا الحارس إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز . (٣) عندما لا يظهر الحائز أو يتخلى أو يؤدي الديون ، فعندئذ يلجأ الدائنون المقيدون إلى اتخاذ الإجراءات في مواجهة الحائز نفسه ، ويبيعون العقار المرهون وهو ملك الحائز .

فكيف يكون مركز الحائز في هذه الأوضاع الثلاثة ، وعند بيع الدائنين للعقار المرهون أيستطيع الحائز أن يدخل في المزاد ؟

لا شك في أن الحائز يستطيع أن يدخل في المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه . ولا شك أيضاً في أنه يستطيع أن يدخل المزاد ، ولا يرسو المزاد عليه ولا شك أخيراً في أنه يستطيع ألا يدخل في المزاد ، فلا يرسو المزاد عليه بطبيعة الحال .

فهناك إذن موقفان : (١) يدخل الحائز في المزاد فيرسو المزاد عليه ، في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها . (٢) لا يرسو المزاد على الحائز ، إما لأنه دخل المزاد فلم يرس المزاد عليه ، أو لأنه لم يدخل المزاد أصلاً ، وذلك أيضاً في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها .

وقبل أن نتدبر هذين الموقفين ، يجب أن نشير إلى أن القانون حدد للحائز عطاء ويجب أن يتقدم به إذا دخل المزاد ، سواء رسا المزاد عليه أو رسا على غيره . فيجب أن ننظر أولاً ما هو العطاء الذي يجب أن يتقدم به الحائز ، إذ هو دخل المزاد .

٣١٩ - عطاء الحائز إذا دخل المزاد - نص قانوني : تنص المادة

١٠٧٤ مدني على ما يأتي :

« يحق للحائز أن يدخل في المزاد ، على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه » (١) .

والحائز ، سواء كان ذلك عقب إجراءات التطهير ورفض الدائنين لعرض الحائز وبيع العقار في المزاد ، أو عقب إجراءات التخلية عند ما يعين حارس للعقار وبيع العقار في المزاد في مواجهة هذا الحارس ، أو عند ما لا يظهر الحائز العقار ولا يتخلى ولا يؤدي الدين فيبيع الدائنون العقار في مواجهة الحائز نفسه ، يرى عقاره الذي حصل على ملكيته قد نزع منه وعرضه الدائنون للبيع بالمزاد الجبري . فيتقدم في المزاد مزايداً ، ويحاول أن يحصل على ملكية العقار من طريق شرائه في المزاد .

والقانون أباح له ذلك ، كما أباح ذلك للغير ممن لا صلة لهم بالعقار .
ولما اشترط القانون ، لأن الحائز له صلة بالعقار بمرهون ، أن يكون عطاؤه في المزاد لا يقل عن الباقي في ذمته من ثمن العقار المرهون .
وهنا افترض القانون أن الحائز قد اشترى العقار فأصبح حائزاً ، وعجل شيئاً من الثمن ، وبقي في ذمته الباقي . كان الثمن مثلاً ألفين ، وعجل الحائز ثلثمائة فبقي في ذمته ألف وسبعمائة . فيجب عند ما يدخل المزاد ويقدم عطاء ، ألا يقل هذا العطاء عن ألف وسبعمائة ، لأن هذا المبلغ يجب على الحائز دفعه على أي حال ، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع له .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، واقترحه القائم بوضع المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة فوافقت عليه ، تحت رقم ١١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٩) .

التفنين المدني السابق : لا مقابل .

وإذا كان الحائز لم يدفع شيئاً من الثمن عند ما تقدم في المزاد ، فيجب ألا يقل العطاء الذى يتقدم به في المزاد عن الثمن كله وهو ألفان ، لأن هذا المبلغ مستحق في ذمته ويجب أن يدفعه ، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع . وهذا ما يقع عادة في العمل ، يحرص الحائز للعقار المرهون على ألا يدفع شيئاً من ثمنه ، ثم يدخل المزاد ويقدم عطاء فيه كل الثمن ، وهو مستحق في ذمته . وقد يقدم عطاء أكبر من كل الثمن ، إذا قدر أن العقار المرهون يستحق ذلك وكان حريصاً على أن يحصل على هذا العقار .

١ - موقف الحائز إذا رسا عليه المزاد

٣٢٠ - رسو المزاد على الحائز بما لا يزيد على الثمن الذى دفعه في العقار :

قد يدخل الحائز المزاد ، فيرسو عليه مزاد العقار المرهون ، ولكن بثمان لا يزيد على الثمن الذى سبق له دفعه في العقار . فنفرض مثلاً أن الحائز أصبح حائزاً لأنه اشترى العقار بألفين ، وعند ما تقدم في المزاد عقب إجراءات التطهير أو التخلية أو عند ما كان الدائنون المقيدون يبيعون العقار المرهون في مواجهة الحائز نفسه ، أعطى فيه ألفاً وخمسمائة أو ألفاً وثمانمائة أو ألفين ، فرسا عليه المزاد بما أعطى فيه . فكيف يملك الحائز العقار ، وما علاقة الحائز بسلفه ؟

إذا رسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، فالملكية تعتبر منتقلة إلى الحائز من وقت سند الملكية الأصلي لا من وقت رسو المزاد ، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية .

وأما علاقة الحائز بسلفه أى بالبائع له الذى كان مالاً للعقار المرهون ، فهناك رأيان في فرنسا : الرأي الأول الذى سارت عليه محكمة النقض الفرنسية

وبعض الفقهاء^(١) أن الحائز لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي رسا به المزاد عليه ، ألف وخمسمائة مثلاً ، و يرجع بالباقي وهو خمسمائة على البائع له ، وهو مالك العقار المرهون قبل الحائز . ولكن الرأي الغالب هو أن الحائز يبقى ملزماً بالثمن الذي اشترى به من مالك العقار المرهون ، فلا يرجع عليه بشيء إذا كان قد دفع له الثمن كله ، ويدفع له الثمن كله الذي اتفق معه عليه إذا كان لم يدفعه^(٢) . ويعتبر الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلي (البيع الصادر من مالك العقار المرهون) ، وإلا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل . ولا يترتب على حكم مرسى المزاد فسخ سند ملكية الحائز أى سند ملكيته الأصلي^(٣) .

ويتفرع على ذلك ما يأتي : (١) الرهون التي قررها الحائز في الفترة ما بين كسبه الملكية من مالك العقار المرهون وتسجيل حكم مرسى المزاد تبقى صحيحة ، وتكون مرتبها من وقت قبدها فلا يأخذ هؤلاء الدائنون شيئاً إلا بعد أن يستوفي الدائنون المتبذون المستمدون حقوقهم من غير الحائز حقوقهم . (٢) الحائز ، في علاقته بسلفه مالك العقار المرهون ، يبقى ملزماً بالثمن المسمى في العقد مع أنه قد يزيد على الثمن الذي رسا به المزاد . (٣) حقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التي قررها الحائز تكون صحيحة أيضاً ، ولكن الدائنين المقيدين الذين لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق يكون لهم أن يبيعوا عقار خالياً منها وأن ينصوا على ذلك في شروط البيع^(٤) .

(١) نقص فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٨٩٧ دالموز ٩٨ - ١ - ٣ لوران فقرة ٣١٩ - بودري ودي لوران فقرة ٢٢١٧ .

(٢) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٩٣ ص ٢٦٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٩ .

(٤) انظر سليمان مرقس فقرة ١٣٨ .

٣٢١ - رسو المزاد على الحائز بما يزيد في الثمن الذي دفعه في العقار :

هنا أيضاً يعتبر الحائز مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، كما في الحالة السابقة (م ١٠٧٥ مدني) . ولا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل لأنه لم ينقل الملكية إلى الحائز ، وإنما الذي نقلها هو السند الأصلي للملكية الحائز . وتبقى العلاقة ما بين الحائز ومالك العقار المرهون كما حددها سند ملكيته ، أي أن حكم مرسى المزاد لا يترتب عليه فسخ ملكية الحائز . وكل ما يترتب على رسو المزاد على الحائز بثمن أعلى ، أن الحائز يصبح مديناً بهذا الثمن للدائنين المقيدين . وتبقى علاقته بمالك العقار المرهون المرهون على ما كانت عليه .

ويبقى الحائز مالكا للعقار المرهون ، ولكن لا بحكم مرسى المزاد ولكن بحكم السند الأصلي كما قدمنا .

ويتقاضى الدائنون المقبلون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزاد على الحائز ، وهو أعلى من الثمن الأصلي .

ولا يفسخ السند الأصلي للملكية الحائز ، ويترتب على ذلك نفس النتائج التي قررناها فيما سبق : الرهون التي قررها الحائز تبقى صحيحة ، والحائز في علاقته بسلفه مالك العقار المرهون يبقى ملتزماً بالثمن المسمى في العقد مع أنه يقل عن الثمن الذي رسا به المزاد ، وحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التي قررها الحائز تكون أيضاً صحيحة .

٣٢٢ - تطهير العقار المرهون - نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٥

مدني على ما يأتي :

« إذا نزع ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع

الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة» (١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « فإن رسا المزاد على الحائز ، فإن الملكية تعتبر منتقلة إليه من وقت سند الملكية الأصلى لا من وقت رسو المزاد . ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية . ويتطهر الممتد بدفع الثمن إلى الدائنين ، أو بإيداعه خزانة المحكمة » (٢) .

ويرى من النص ، كما قدمنا فى الحالتين السابقتين ، أن الحائز ، سواء رسا عليه المزاد بأقل أو بأكثر من الثمن الذى بدله للحصول على العقار من مالكه ، يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى ، ولا يجب تسجيل الحكم بمرسى المزاد على الحائز .

ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، متطهير العقار ، كما يتم بداهة من رسو المزاد على غير الحائز ، يتم أيضاً برسو المزاد على الحائز . وينحول حق الدائنين المقيد من العقار إلى ثمنه ، وتبقى مدائنين مزية التقدم فى استيفاء حقوقهم من هذا الثمن كل منهم بحسب ترتيبه . فإذا لم ينف المبلغ بحقوق الدائنين المقيدين ، فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شيء من الثمن ، وتنقضى مع ذلك قيودهم ، ولكن لهم حقوقهم لشخصية قبل المدين الأصلى .

ولا يقتصر أثر حكم مرسى المزاد على تطهير العقار المرهون من القيود التى صدرت من المالك الأصلى وحده ، بل يشمل أيضاً تطهيره من القيود

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٠ - ١٢١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

التي صدرت من الحائز نفسه . لأن الملكية تنتقل إلى الراسي عليه المزااد خالية من جميع القيود .

وفي خصوص التطهير هناك رأيان : (١) رأى يذهب إلى أن التطهير يتم قبل دفع الثمن الذي رسا به المزااد أو إيداعه ، بمجرد تسجيل حكم مرسى المزااد (١) . (٢) ورأى آخر يذهب إلى أن التطهير لا يتم إلا إذا دفع الثمن الذي رسا به المزااد ، أو أودع خزانة المحكمة .

وقد أخذ المشرع المصري بالرأى الثانى واشترط دفع الثمن الذى رسا به المزااد أو إيداعه خزانة المحكمة ، إذ نص فى المادة ١٠٧٥ مدنى سالفه الذكر : « ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزااد ، أو أودعه خزانة المحكمة » .

ويتم التطهير بقوة القانون ، متى توافرت شروطه . وتمحى القيود ، ويجوز المحو بناء على تقرير الدائن الذى استوفى حقه ، أو بناء على أمر القاضى فيما يتعلق بالقيود التى لم يدرك أصحابها التوزيع . وإذا امتنع الدائن الذى أدركه التوزيع عن التقرير بالمحو تعسفاً ، جاز للراسى عليه المزااد إيداع استحقاقه خزانة المحكمة ، واستصدار حكم بالمحو (٢) .

ب - موقف الحائز إذا رسا على غيره المزااد

٣٢٣ - تلقى الراسى عليه المزااد منه من الحائز - نص قانونى :

نص المادة ١٠٧٦ مدنى على ما يأتى :

« إذا رسا المزااد فى الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى مرسى المزااد (٣) »

(١) استئناف مخطوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٨٤ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ١٣٩ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٨ من المشروع التمهيدي ، حل وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٨ فى -

وكما يرسو المزاو على الحائز ، قد يرسو على غير الحائز ، من دائن مثبذ أو دائن عاوى أو أجنبي أو غير ذلك .

فإذا رسا المزاو على غير الحائز ، انتقل حق الملكية إلى الراسى عليه المزاو من الحائز نفسه ، كما يقول النص . ولا يسخ سند الحائز الأصلى ، بل يبنى قائماً إلى أن يرسو على غير الحائز ، وعندئذ تنتقل الملكية إلى هذا الأخير من الحائز ، بموجب حكم مرسى المزاو .

وعلى ذلك يجب تسجيل حكم مرسى المزاو ، حتى تنتقل الملكية إلى غير الحائز ممن رسا عليه المزاو .

ويكون الثمن الذى رسا به المزاو ملكاً للحائز ، يستوفى منه الدائنون المقبلون حقوقهم ، وما يبنى إذا بنى شىء يكون للحائز ولمن استمد حقه من الحائز .

ويرجع الحائز بدعوى ضمان الاستحقاق على مالك العقار المرهون ، وهو الذى تلقى منه الحائز الملكية . وفقاً لقواعد الضمان فى البيع أو الهبة .

وللحائز أن يرجع على المدين أيضاً بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه وفى دينه ويرجع بما دفعه زيادة على ما فى ذمته بموجب سند ملكيته .

ويحل الحائز كذلك محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول .

وإذا كانت له حقوق عينية على الفعر المرهون ، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع أو استعمال أو سكنى ، قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار كحائز ، فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاو على غير الحائز ، فإن هذه الحقوق العينية تعود^(١) .

= المشروع النهائى . وأقره مجلس الشواب تحت رقم ١١٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٢ - ص ١٣٢) .

التقنين المذنى السابق : لا مقابل .

(!) انظر محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ .

٣٢٤ - تزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعي : وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، فزعت بذلك ملكية الحائز ، ترتب على ذلك أن الحائز يحرم من ملكه ، ولكن لا يكون لذلك أثر رجعي .

فلا تفسخ ملكية الحائز ، بل تبقى لدى الحائز ، إلى أن يرسو المزاد على الغير ، فتنتقل الملكية إلى هذا الغير من الحائز نفسه .

فالحائز لا يكون مالكا في المستقبل من وقت تسجيل حكم مرسى المزاد ، أما قبل ذلك فإنه يعتبر هو المالك للعقار من وقت أن انتقلت إليه الملكية من مالك العقار المرهون ، ويتلّى الراسى عليه المزاد حقه من الحائز كما نقول

المادة ١٠٧٦ مدنى سالمة الذكر .

ويرتب على ذلك أنه إذا زاد الثمن الذى رُسِمَ به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز كما سيأتى .

٣٢٥ - الزيادة فى ثمن العقار - نص قانونى : تنص المادة ١٠٧٧

مدنى على ما يأتى :

« إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز ، وكان للدائنين المرتهين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة » (١) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٩٩ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٩ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٣ - ص ١٢٤) .

التنين المدنى السابق م ٥٩١ / ٧١٧ : إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة ، تكون تلك الزيادة لدائنى الحائز للعقار المرتهين له منه ، إنما لا يستوفون عليها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور .

النص ، ما يأتي : « وإن رسا المزاد على غير الحائز ، فإن الحكم يرسو المزاد هو الذى ينقل الملكية إلى من رسا عليه ، ويكون الثمن الذى رسا به المزاد للحائز ، يستوفى منه الدائنون حقوقهم ، وما يبقى فهو له وللدائنين المرتهنين منه هو » (١) .

ونرى مما تقدم أنه إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على غير الحائز عما هو مستحق للدائنين المقيدين ، كانت الزيادة للحائز وللدائنين المقيدة حقوقهم منه هو (٢) .

وللدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة ، فهى حق مدينهم الحائز ، فلهم أن ينفذوا عليها ، ويستوفوا منها حقوقهم بحسب مراتبهم (٣) .

٣٢٦ - المرسوم الذى قررها الحائز : وكل ما قرره الحائز من رهون ورتبة ، أى ، وكل ما أخذ ضده من حقوق اختصاص وسبق امتياز خاصة عقارية ، إلى وقت تسجيل الحكم بمرسئ المزاد ، تكون صحيحة ، وتكون لها مرتبتها بعد استيفاء دائئى الملاك السابقين للتدين لحقوقهم .

وقد نصت المادة ٧١٧/٥٩١ من التقنين المائى السابق على أنه « إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة (المقيدة) تكون تلك الزيادة لدائئى الحائز المرتهن له منه ، إنما لا يستولونها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور » (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ - ص ١٤٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٨٧ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢١٧ - استنف مخلط ٢١

مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٤ .

(٣) انظر محمد كامل مرسئ فقرة ١٩٧ .

(٤) هيك ١٤ فقرة ٤٩ - جيوار فقرة ١٦٨٥ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٨ وهامش

٩٠ مكرر - محمد كامل مرسئ فقرة ١٩٨ .

٣٢٧ - حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى - نص قانوني :

تنص المادة ١٠٧٨ مدني على ما يأتي :

« يعود للحائز ما كان له ، قبل انتقال ملكية العقار إليه ، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى »^(١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وإذا كانت له (للحائز) حقوق عينية على العقار المرهون (كرهن أو ارتفاق) قبل أن تنتقل إليه ملكيته . فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزااد على غيره ، فإن هذه الحقوق العينية تعود »^(٢) .

ويلاحظ أنه من المحتمل أن يكون للحائز . قبل أن يصبح حائزاً ، حقوق عينية على العقار المرهون . كحق رهن أو حق انتفاع ، أو حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكى . فلما أصبح حائزاً وانتقلت إليه ملكية العقار ، زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة .

فلذا بيع العقار بعد ذلك ، ورسا مزاده على غير الحائز وانتزعت ملكية الحائز ، فإن من الطبيعى أن الحقوق العينية التى كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزاً ، تعود إليه كما كانت ، بعد أن تجرد من ملكية العقار ورسا المزااد على غيره . فيعود للحائز حق الرهن ، أو حق الانتفاع ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٠ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٠ فى المشروع النيابى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٥ - ص ١٣٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٩٠ / ٧١٦ : ما كان لحائز العقار قبل انتقاله إليه من حقوق الارتفاق والحقوق العينية على العقار يعود كما كان بترفع العقار من حائزه المذكور ، وكذلك حق الاختصاص بالعقار للحصول على الدين وحق الرهن إن كانا له . إنما لا يأتى كل حق من الحقين المذكورين بدرجة إلا إذا كان تسجيلهما (قيدهما) محفوظاً ، بمعنى أنه لم يتخضع حكمه بمضى الزمن ولا يشطبه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

أو حق الارتفاق ، أو حق الاستعانة ، أو حق السكنى . فقد زال سبب زوالها وهو اتحاد الذمة ، وأصبح العقار مملوكاً لغير الحائز .

ويلاحظ أن الدائنين المقيدین كان لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق ، لأنها تالية للحقوق التي كسبوها على العقار المرهون . فيكون لهم الحق في بيع العقار لهم خالياً من هذه الحقوق . وقد يضعون شرطاً في هذا الخصوص في شروط البيع^(١) .

فاذا وضعوا هذا الشرط ، بيع العقار خالياً من هذه الحقوق للرأسي عليه المزارد .

ولكن عند ما ينزع ملكية الحائز ببيع العقار في المزارد ورسو المزارد على غير الحائز لم يعد هناك مبرر لزوال هذه الحقوق من الحائز . فتعود إليه ثانية كما كانت .

٣٢٨ - الحقوق العينية للحائز السابقة على حقوق الدائنين المرتهنين :

وفيما تقدم فرضنا أن الحقوق العينية التي للحائز على العقار المرهون إنما هي تالية لحقوق الدائنين المرتهنين ، والآن نفرض أن هذه الحقوق العينية التي للحائز هي سابقة على حقوق الدائنين المرتهنين ، وتسرى عليهم . وقد زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة لما تملك الحائز العقار المرهون ، وأصبح بهذا التملك حائزاً . ثم زالت ملكية الحائز للعقار المرهون . ونزعت ملكيته بناء على طلب الدائنين المقيدین ، وبيع العقار بالمزاد الجبري ، ورسا مزاده على غير الحائز .

عند ذلك تعود الحقوق العينية التي كانت للحائز قبل أن يصبح حائزاً إليه ثانية ، لأن السبب في زوالها قد زال ، ولم يعد الحائز مالکاً للعقار المرهون .

(١) انظر لوران فقرة ٣١٨ - بون فقرة ١٢١٥ - هيك فقرة ٤٩ - جيوار فقرة

١٦٨٦ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٢٦ وص ١٢٧ وفقرة ٢٨٧ ص ٧٢٩ - محمد

كامل مرسى فقرة ١٩٩ .

والفرق بين هذه الحالة والحالة المتقدمة : أن العقار يباع على الحائز بالمراد العلني غير خال من هذه الحقوق العينية ، ولا يجوز للدائنين المرتهنين ، كما يجوز لهم في الحالة المتقدمة ، أن يبيعوا العقار خالياً من هذه الحقوق العينية ، ولا أن يضعوا شرطاً بخلو العقار من هذه الحقوق كما جاز لهم أن يضعوا هذا الشرط في الحالة المتقدمة . بل يجب أن يبيعوا العقار مثقلاً بهذه الحقوق ، لأنها سابقة على حقوقهم وتسرى عليهم . فإذا رسا العقار في المزاد على غير الحائز ، عادت للحائز حقوقه العينية كما كانت ، فيعود له حق الرهن أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الاستعمال أو حق السكنى . وإذا كان للحائز حق رهن ، فيجب عليه أن يجدد قيد رهنه حتى لو زال الرهن باتحاد الدمة ، وذلك إذا أراد الحائز عند عودته دائناً مرتهناً أن يتمسك بمرتبه الأصلية^(١) . فإذا لم يجدده ، أو إذا وافق على محو القيد ، فإن رهنه يعود ، ولكن لا يأخذ مرتبه إلا من وقت القيد الجديد^(٢) . وتعود الحقوق العينية من وقت تسجيل رسو المزاد على الحائز ، لأنه حتى ذلك الوقت يبقى الحائز مالكا للعقار .

وإذا كان حق الارتفاق الذي كان للحائز يعود إليه كما قدمنا ، فإن حق الارتفاق الذي كان مقررأ لمنفعة العقار المرهون على عقار لحائز يعود كذلك ، وإلا ابتنى على ذلك نقص قيمة العقار المرهون والإضرار بالدائنين المرتهنين ، فيجب أن يشمل العقار المرهون عند طرحه في المزاد^(٣) .

٣٣٩ - رد الثمار - نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٩ مدني على

ما يأتي : -

-
- (١) بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهاش ٦٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ - نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٥٨٨ - ١ - ٢٣٧ .
- (٢) دي ملتس فقرة ١٢٨ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ .
- (٣) بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٢ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هاش ٦٢ - جرانمولان فقرة ٥٠٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٥ .

« على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات لمدة ثلاثة سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » (١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت . فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط » (٢) .

ويرى من ذلك أن الحائز ، عند ما يشرع الدائنون المقيضون فى بيع عقاره المرهون بالمزاد ، يجب عليه أن يرد الثمار . ويردها مع العقار إلى من رسا عليه المزاد ، وذلك من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، إذ من ذلك الوقت تلحق الثمار بالعقار . فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، سلم الحائز له العقار المرهون ، مع ثماره من وقت الإنذار إذ تلحق الثمار بالعقار المرهون كما قدمنا .

فإذا أنذر الحائز بالدفع أو التخلية ، وترك الدائنون المقيضون الإجراءات إلى ثلاث سنوات دون عمل ، سقط الحق فى الثمار . ويبقى ساقطاً عقب انقضاء الثلاث السنوات ، إلى أن يوجه الدائنون المرتهنون إنذاراً جديداً للحائز بالدفع أو التخلية ، فيعود الحائز من وقت الإنذار الجديد مسئولاً

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠١ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨١ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٧ - ص ١٣٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٨٧ / ٨٢٢ : إذا أخل الحائز العقار من تلقاء نفسه أو نزع منه بالبيع القهرى ، وجب عليه رد فخته من وقت التنبيه عليه بالدفع أو بالتخلية ، إلا إذا سقط حق الدعوى بها بمضى الزمان ، ويسقط ذلك الحق بمضى ثلاث سنوات .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

عن الثمار وتلحق بالعقار ، وتبقى ملحقة بالعقار ثلاث سنوات أخرى إذا تركت الإجراءات فيها سقط الإنذار الثاني ، وهكذا ، حتى يتمكن الدائنون المقيدون من بيع العقار وتكون الثمار ملحقة به ، فيتسلم الراعى عليه المزايد الثمار مع العقار .

وقبل إنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار له باعتباره مالكا للعقار المرهون . وتكون الثمار ضمناً عاماً لكل دائئ الحائز ، عادييين وغير عادييين . ولكن من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار من حق الدائنين المقيدين .

وفوائد الثمن تكون أيضاً من حق الدائنين المقيدين ، من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية^(١) .

وسقوط الإنذار بالدفع أو التخلية بمضى ثلاث سنوات يكون بقوة القانون فلا حاجة إلى طلب ، ولا يكتفى الرهن الرسمى وحده لجعل الثمار ملحقة بالعقار^(٢) .

ويلاحظ أنه بحسب قانون المرافعات القديم (م ٥٤٥) تعتبر الثمار ملحقة بالعقار من وقت تسجيل التنبيه بنزع الملكية . وتفسير هذا الاختلاف أن القانون المدنى نظر إلى الحالة التى يكون فيها العقار للحائز فتكون المطالبة له ، ونظر قانون المرافعات إلى الحالة التى تكون المطالبة فيها لنفس المدين . وبين الحالتين فرق ، فإذا كانت المطالبة موجهة إلى المدين لكونه مالكا للعقار المرهون فإن الثمار تكون من حق دائئيه حتى العادييين فلا يستأثر بها الدائنون المقيدون إلا من وقت تسجيل التنبيه ، أما إذا كانت المطالبة موجهة إلى الحائز فلا يصح أن يترتب على تسجيل التنبيه الذى يوجه إلى المدين

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢١٩٨ وفقرة ٢٢٠٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ .

(٢) استئناف مغلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ - محمد كامل مرسى

فقرة ٢٠٠ .

التزام على الحائز وإنما يترتب هذا الالتزام على الإنذار الذي يوجه إلى الحائز (١) .

والثمار التي يشملها الإلحاق هي كل الثمار ، طبيعية كانت أم صناعية أم مدنية (٢) .

٣٣٠ - المصروفات : ويجب أن ترد إلى الحائز جميع المصروفات الضرورية . أما المصروفات النافعة ، فلا يرد منها إلا أقل القيمتين : مبلغ المصروفات ، وما زاد في قيمة العقار المرهون بسبب هذه المصروفات (٣) ، وتقدر الزيادة وقت رسو المزاد (٤) .

وللحائز أن يطالب بالمصروفات التي أنفقها هو ، والتي أنفقها الحائزون السابقون ودفع مقابلاً عنها عند حيازته للعقار . أما إذا كانت الزيادة ناشئة عن الزيادة العامة في قيمة العقارات ، فليس للحائز أن يطالب بشيء (٥) .

وأما المصروفات الكمالية . فليس للحائز أن يطالب بمقابل عنها .

٣٣١ - التلف - نص قانوني : تنص المادة ١٠٨١ مدني على

ما يأتي : -

« الحائز مسئول شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطأه » (٦) .

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ - سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ .

(٣) تروا لون فقرة ٨٣٨ - هيك ١٤ فقرة ٤٣ - بونن فقرة ١٢٠٧ - جيوار فقرة ١٦٤٠ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٦ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢ .

(٥) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٤ .

(٦) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٣ من المشروع التمهيدي ، حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٣ في =

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وهو (الحائز) مسئول أيضاً أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطأه » (١) .

والمفروض هنا أن العقار المرهون قد أصابه تلف بخطأ الحائز ، فيكون الحائز هو المسئول من هذا التلف متى ثبت أن التلف بخطأه ، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

ويكون ذلك غالباً عند ما يتسلم الحائز العقار المرهون ، بعد أن انتقلت إليه ملكيته وأصبح حائزاً ، فيقع خطأ من الحائز يتسبب عنه تلف العقار . ويقع الخطأ فى أى وقت ، وليس من الضروري أن يقع بعد أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار فى المزاد و يرسو مزاده على غير الحائز . ففى وقع خطأ من الحائز فى أى وقت ولو قبل أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار فى المزاد ، وتسبب عن هذا الخطأ تلف العقار المرهون ، كان الحائز مسئولاً عن هذا التلف . وتكون مسئوليته قبل الدائنين المرتهنين ، فلمهم أن يقاضوا الحائز ويثبتوا خطأه وأن هذا الخطأ تسبب فى تلف العقار ، حرر يتقاضوا تعويضاً من هذا التلف طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية .

ولا تفيده دعوى التعويض فى الواقع إلا الدائنين الذين لا يكفى ثمن العقار بعد أن تلف لقضاء ديونهم ، فهم الذين يكون لهم الحق فى طلب التعويضات ، إذ لولا التلف الذى أصاب العقار لبيع بثمان أعلى واستفادوا من فرق الثمن (٢) .

وبقع عبء إثبات المسؤولية على من يدعيها من الدائنين المقيدين .

= المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

التنين المدنى السابق م ٥٨٩ / ٧١٥ : يلزم الحائز للمقار لأرباب الديون بما حصل فيه من الخلل ، سواء كان بفعله أو بإهماله .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٠ .

والتعويض الذى يدفعه الحائز هو نقص قيمة العقار بسبب التلف ، ويكون من حق الدائنين بحسب مراتبهم^(١) .

ويجوز للدائنين المقيدين أن يرفعوا دعوى التعويض حتى قبل إجراءات دعوى الرهن ، عقب وقوع التلف . ويجوز أن يدفعها من لم يحل حقه بعد ، ومن كان حقه شرطياً ولو معلقاً على شرط واقف . ولكن فى هذه الأحوال يطلب الدائن إيداع المبلغ الذى يقضى به فى مقابل التلف خزانة المحكمة ، فيودع بحسب درجة القيود فى حالة عدم كفاية ثمن العقار^(٢) .

ويكون للحائز الذى يلزم بالتعويض الحق فى الرجوع على البائع له ، إذ أن ملكية العقار انتقلت إليه بموجب البيع ، والملكية تشمل حق تصرف المالك فى الشيء كما يريد ، ولو أتلف الشيء ، من غير أن يلزم بأى تعويض . فإذا ألزم الحائز بالتعويض للدائنين المقيدين نظير التلف الحاصل ، كان له حق الرجوع على البائع له^(٣) .

ولا يكون الحائز مسئولاً قبل الدائنين المرتهنين عن التلف الحاصل بسبب أجنبي ، كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو بسبب القدم أو بسبب الاستعمال العادى ، بل يتحملة الدائنون المقيدون^(٤) .

٣٣٢ - من مجموع الحائز - نص قانونى : تنص المادة ١٠٨٠ مدنى على ما يأتى :

(١) لوران فقرة ٢٠٣ - جيوار فقرة ١٦٣٤ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ وفقرة ٢٢١٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٣٤ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهاش ٥٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٤ - جيوار فقرة ١٦٣٣ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٢ .

١٥ - يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً .

٢٥ - ويرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أياً كان السبب في دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص محل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين ، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين ^(١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : « ويرجع (الحائز) بدعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى الملك منه وفقاً لقواعد الضمان في البيع أو الهبة ، وله أيضاً أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب بما دفعه زيادة عما في ذمته بمقتضى سند ملكيته . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول » ^(٢) .

ونرى من ذلك أن للحائز ، بعد أن يخرج العقار من ملكه بالمزاد العلني إلى يد من رسا عليه المزاد ، يكون له حقان في الرجوع طبقاً للقواعد العامة :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٢ من المشروع التهديدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرت النص لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٢ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٠ مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٨ - ص ١٤٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٩٢ / ٧١٨ : للحائز الذي انتزع منه العقار أو إخلاء من تلقاه نفسه حق الرجوع بطريق الضمان على من ملكه إليه إذا كان التملك بمقابل ، وفي جميع الأحوال له الرجوع على المدين الأصلي بما صرفه بأي صفة كانت .

م ٥٩٣ / ٧١٩ : وله أيضاً الرجوع على المدين المذكور بالمبالغ التي دفعها بأي صفة كانت ، زيادة عن المبلغ الذي كان ألزمه به عند التملك إذا أبى المقار في يده أو رسا عليه في المزاد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

(الحق الأول) ضد المالك السابق الذى تلقى عنه الملكية ، وهو مالك العقار المرهون . فللحائز أن يرجع على مالك العقار المرهون بدعوى الضمان ، إذا كان قد تلقى منه الملكية معاوضة^(١) . ونفرض أن مالك العقار المرهون قد باع هذا العقار للحائز ، فالحائز وهو المشتري يستطيع الرجوع على مالك العقار المرهون وهو البائع بضمان الاستحقاق . وللحائز أن يرفع دعوى الضمان بمجرد تسليم الإنذار بالدفع أو التخلية^(٢) ، غير أن للقاضي أن يؤجل الفصل فى الطلبات والتعويضات حتى يتم نزع العقار^(٣) .

أما إذا كان العقار انتقل إلى الحائز تبرعاً بدون مقابل ، فلا يكون للحائز الرجوع على المتبرع إلا إذا اشترط ذلك وفقاً للتواعد العامة^(٤) .

ويكون الرجوع لتعويض كل الضرر . وإذا رسا مزاد العقار على غير الحائز بشمن أقل من الثمن الذى اشترى به الحائز ، رجع الحائز بقيمة العقار . وإذا رسا مزاد العقار بشمن أزيد من الثمن الذى اشترى به الحائز ، رجع الحائز بشمن المزاد كله^(٥) .

(الحق الثانى) ضد المدين الذى دفع الحائز دينه ، ويكون غالباً هو صاحب العقار المرهون . ويرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ليتقاضى المبلغ الذى دفعه عنه بالفعل ، أى دينه ينتص منه الثمن الذى بيع به العقار فى المزاد .

(١) استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٣٥ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن للحائز الذى نزع الدائن المرتهن عقاره ، أن يرجع على من ملكه له إذا كان قد باعه إياه ، ولكن ليس له هذا الحق إذا كان العقار قد انتقل له بالهبة أو الوصية ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان استحقاق العقار حاصلاً بفعل الواهب بعد الهبة (استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) .

(٢) ليوران فقرة ٣٢٠ - ديك ١٤ فقرة ٥٠ - بودى ودى لوان فقرة ٢٢١٨ .

(٣) استئناف مخطوط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ .

(٤) دى هنتس فقرة ١٣١ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٦ .

(٥) محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٧ .

وللحائز ، فضلاً عن الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، أن يرجع عليه أيضاً بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وسيأتي ذكر ذلك (١) .

وإذا كان المدين هو نفس مالك العقار المرهون ، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه للحائز بعد ذلك ، كان للحائز حق الرجوع عليه بالضمان من استحقاق العقار ، ودعوى الإثراء بلا سبب باعتباره مديناً ، ودعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويجب التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث لاختلاف شروطها ونتائجها .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدني في آخرها ، كما رأينا ، ما يأتي : « ويحل (الحائز) محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين » .

ويفهم من ذلك أن للحائز حقاً ثالثاً غير الحقين السابقين ، وهو دعوى الحلول محل الدائن الذي وفاه حقوقه .

فقد وفي الحائز حقوق كثير من الدائنين المقيدين ، نأخذ واحداً منهم على سبيل المثال . هذا الدائن كان له حق الرجوع على المدين لأنه دائن له ، فيحل الحائز الذي وفي هذا الدائن محله في الرجوع على المدين . ونفرض أن هذا الدائن كان له أيضاً حق رهن على عقار آخر للمدين ، فيحل الحائز محل الدائن في هذا الرهن .

أما إذا كان الرهن قدمه لهذا الدائن شخص آخر غير المدين ، أي قدمه كفيل عيني ، فلا يحل الحائز محل الكفيل العيني في هذا الرهن طبقاً للقواعد المقررة .

٣٣٣ - الحائز والكفيل : فقد يكون الدين مضموناً بكفالة ،

(١) استئناف مغلط ١٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٢٧ - ٢٨ ديسمبر سنة

شخصية أو عينية ، فاختلف الفقهاء فيما إذا كان للحائز الذى نزع ملكيته حق الرجوع على الكفيل . يرى القليل من الفقهاء أن للحائز حق الرجوع على الكفيل^(١) . ولكن أكثر الفقهاء يرون أن مركز الكفيل مفضل على مركز الحائز ، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار إليه أن يخلص من الرهن عن طريق التطهير ، فيخلص نفسه والكفيل من الدين بمقدار الثمن المدفوع ، ولما لم يفعل وجب عدم الرجوع على الكفيل ، وعلى العكس من ذلك إذا دفع الكفيل يرجع على الحائز^(٢) .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد بهذا الرأى الثانى ، كما رأينا ، فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدنى^(٣) .

٣٣٤ - الرجوع فيما بين الحائزين : وقد تكون هناك جملة عقارات مرهونة كلها فى دين واحد ، وانتقلت ملكية كل عقار منها إلى حائز ، فتعدد الحائزون .

فالحائز الذى بيع عقاره ورسا المزاد على غيره ، ورثى الدائن المرتهن ، يحل محله فى الرجوع على باقى الحائزين ، ويكون له حق الرهن الذى كان لهذا الدائن قبلهم .

ومن رأى الفقهاء أنه يكون لهذا الحائز الرجوع على باقى الحائزين ، كل بنسبة قيمته العقار الحائز له ، بعد أن يخصم الجزء الذى يمثل عقاره^(٤) .

(١) دى هلتس فقرة ١٣٤ .

(٢) لوران ١٨ فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٥ - أوبرى وروى ٣ فقرة ٢٢١ هامش ٨٤ - هامش ٨٥ - جرانمولان فقرة ٥١٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢١٠ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢١٠ .

(٤) استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٩٥ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٥٩ - جيوار فقرة ١٦٧١ وفقرة ١٦٩٠ - بودرى ودى لوان فقرة ٢١٧٠ - أوبرى وروى ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٣٤ وهامش ٦٥ - جرانمولان فقرة ٥١٢ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٩ .

وقد أخذ التقنين المدني المصرى الجديده بهذا الرأى ، فنص فى المادة ٣٣١ منه على أنه : « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » (١) .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

٤٣٥ - انقضاء بصفة تبعية وانقضاء بصفة أصلية : ينقضى

الرهن الرسمى بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، فينقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين . ذلك أن الرهن كما قدمنا تابع الدين ، يبنى معه ويزول بزواله ، فإذا زال الدين زال معه الرهن ، ولا يعود إلا إذا عاد الدين .

وينقضى الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينقضى الدين . فهناك حالات يزول فيها الرهن وحده دون الدين ، فيبقى الدائن ودينه عادى بعد أن كان مضموناً برهن . والحالات التى ينقضى فيها الرهن دون الدين حالات محدودة ، وهى أقل من الحالات التى ينقضى فيها الرهن والدين معاً ، ولكنها موجودة .

فنعتقد مبحثين : (١) المبحث الأول فى انقضاء الرهن بصفة تبعية ، أى مع انقضاء الدين . (٢) المبحث الثانى فى انقضاء الرهن بصفة أصلية ، أى دون انقضاء الدين .

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٩ .

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

٣٣٦ — أسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية :
 ما دام الرهن ينقضى تبعاً لانقضاء الدين . فينتج من ذلك أن كل سبب
 ينقضى الدين ، ينقضى الرهن أيضاً تبعاً لانقضاء الدين : فتكون أسباب انقضاء
 الدين هي نفسها أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية .
 وقبل أن نتكلم في هذه الأسباب . نذكر أن الرهن يزول أيضاً بصفة
 تبعية إذا زال الدين .

٣٣٧ — متى يزول الدين : فقد يزول الدين لأنه لم يوجد صحيحاً ،
 أو وجد صحيحاً ولكنه زال بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يوجد . والرهن مثل
 الدين في ذلك ، قد لا يوجد صحيحاً ، أو يوجد صحيحاً ولكنه يزول
 بأثر رجعي .

٣٣٨ — أسباب زوال الدين : ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد
 في عقد باطل ، لعدم الرضاء أو لعدم الأهلية أو لانعدام الغل أو لعدم
 مشروعية السبب أو لتحلل في الشكل ، فيبطل العقد . ويبطل معه الدين ،
 ويبطل معهما الرهن ،

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد في عقد قابل للإبطال ،
 لنقص في الأهلية أو لعب في الرضاء أو لنقص في القانون ، فيختار من له
 مصلحة في إبطال العقد إبطاله ، فيبطل ويبطل معه الدين ، فيبطل معهما
 الرهن . مثل ذلك أن يعقد العقد ناقص الأهلية أو من شاب رضاه إكراه ،
 فيعتمد ناقص الأهلية أو المكروه إلى إبطال العقد ، فإن أبطل وبطل معه
 الدين ، بطل معهما الرهن .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ في عقد معلق على شرط فاسخ .
فيتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعى . فيزول الدين بأثر رجعى ،
ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعى كذلك .

٣٣٩ — انقضاء الدين : وقد يوجد الدين صحيحاً ، ويبقى ، ولكنه
ينقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام . وبانقضاء الدين ينقضى الرهن
معه ، ونستعرض هنا في إيجاز أسباب انقضاء الالتزام أو الدين ، لأنها هي
بجنا الأصل .

٣٤٠ — أسباب انقضاء الدين — نهى قانونى : ومعروف أن الدين
ينقضى بالأسباب الآتية : الوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ،
وانحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التميز ، والتقادم . فنستعرضها في
إيجاز سبباً سبباً ، ولكن قبل ذلك نستعرض نصاً تشريعياً ، هو المادة ١٠٨٢
مدنى ، وتنص على ما يأتى :

« ينقضى الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال
السبب الذى انقضى به الدين ، دون إحلال بالحقوق التى يكون الغير حسن
النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص
هذا النص ، ما يأتى : « ينقضى حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين ، فإذا
كان الدين قد انقضى ثم عاد بزوال سبب انقضائه ، كأن كان الوفاء
باطلاً أو الإبراء صادراً من غير ذى أهلية ، رجع الرهن برجوع الدين .

(١) تاريخ للنص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٤ من المشروع التمهيدى ، على وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٤ فى
المشروع النهائى . نأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٧٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٢
التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقاً عينياً ما بين انقضاء الرهن وعودته ، وجب احترام هذا الحق (١) .

ونرى من هذا الرهن الرسمي ينقضى بانقضاء الدين المضمون ، ويكون اتضاؤه بصفة تبعية ، فإنه تابع للدين المضمون ، فينقضى بانقضائه .

ولكن الدين المضمون قد ينقضى ، ثم يرجع إلى الوجود . مثل ذلك إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء باطلا كأن كان الموفى به غير مملوك للموفى وبطل الوفاء ، فإن الدين يعود إلى الوجود ، ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أيضاً إذا انقضى الدين المضمون بالإبراء ، وكان الإبراء صادراً من ناقص الأهلية فكان قابلاً للإبطال وأبطل . فإن الدين يعود كما كان ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أخيراً إذا انقضى الدين المضمون باتحاد الذمة ، ثم زال اتحاد الذمة ، فإن الدين المضمون يعود إلى الوجود ويعود معه الرهن .

وإذا عاد الرهن ، ولم يكسب أحد على العقار حقاً عينياً تبعياً ، عاد الرهن بمرتبته الأصلية وكأنه لم ينقض .

أما إذا كسب أحد حقاً عينياً تبعياً كرهن ثان متلاً ، في الفترة ما بين انقضاء الرهن الأول بوجود سبب الانقضاء وعودة هذا السبب ، فيجب أن نميز بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يكون صاحب الرهن الثاني عالماً بما يحيط رهنه من ملابسات ، وأن الرهن الأول قد يعود إلى الوجود بزوال سبب انقضاء الدين ، فإن رهنه الثاني يبقى ثانياً ، ويتقدمه الرهن الأول عند عودته .

(الأمر الثاني) أن يكون صاحب الرهن الثاني جاهلاً للملابسات ، ويعتقد بحسن نية أن الدين المضمون بالرهن قد زال وأنه لن يعود ، أو يعتقد أن الدين المضمون بالرهن لم يزل ولكن لم يكن هناك رهن أول ،

فإن الرهن الثاني يصح ويبقى رهناً أولاً . ويتقدم على الرهن الأول عند عودة هذا الرهن .

والآن نعود إلى أسباب انقضاء الدين المضمون بالرهن .

§ ٢ - الوفاء

٣٤١ - اتباع القواعد العامة في الوفاء والوقوف عند بعض المسائل .

إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، انقضى الرهن تبعاً له . وانقضاء الدين المضمون بالرهن عن طريق الوفاء تتبع فيه القواعد العامة المقررة في وفاء الديون (١) . وقد تكون هناك بعض مسائل في الوفاء يحسن الوقوف عندها هنا .

٣٤٢ - الوفاء مع الحلول بجعل الموفى محل محل الدائن في الرهن

الذي له : فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد وفاه شخص حل محل الدائن ، حلولاً قانونياً أو حلولاً اتفاقياً . فينتقل إلى الموفى مع الدين المضمون بالرهن ، ما يكفل هذا الدين من تأمينات ، ومنها الرهن .

ومن ثم يرجع الموفى لا على المدين وحده . بل يرجع أيضاً على الراهن ، لأن الرهن لم يزل بالوفاء مع الحلول . وإذا وفي حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار (م ٣٣١ مدني) (٢) .

وإذا كان الدين المضمون بالرهن كفيل ، ووفى الكفيل بالدين فحل محل الدائن قانوناً ، رجع الكفيل على العقار المرهون واستوفى منه ما دفعه

(١) انظر الوسيط ٣ ص ٦٢٥ - ص ٧٩٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٢٩٩ .

وفاء للدين . أما العكس فغير صحيح ، فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون وحل محل الدائن حلولاً قانونياً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على الكفيل . إذ لو رجع عليه كان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول من الدين تجاه الكفيل بموجب الرهن ، أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز (١).

والوفاء مع الحلول هو وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن ، وانتقال الحق للحق بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره ، فلا ينقضى بالنسبة إلى المدين . بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذى وفى الحق (٢).

٣٤٣ - الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين : وقد نصت الفقرة

الأولى من المادة ٣٣٠ مدنى على ما يأتى :

« إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقاماً على من وفاه . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فى هذا الجزء . فإذا تبين أن المدين قد رهن عقاراً فى الدين ، وليس بئى العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفى جزءاً من الدين ، والدائن الأصلي ولا يزال دائئاً بالجزء الباقي ، لا يجد أن أمامهما سوى هذا العقار فيستوفى كل منهما حصة منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغى أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما عن الآخر . ولكن النص ، وهو فى ذلك يترجم عن النية المحتملة للطرفين -

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٥ .

يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشروط على الموفى أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي . وعلى هذا الأساس قد قل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجزئه عليه ، ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى في القرض الذي نحن بصددده ، ويستوفى أولاً الجزء الباقي له من الدين ، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه . ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد سجل محل الدائن في جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه .

على أن هذه القاعدة ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذي يتقدم الدائن فيستوفى أولاً الجزء من الدين الذي وفاه ، وما بقي بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يبي للدائن بجزء من حقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذي يملئ شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن في استيفاء حقه من المدين (١) .

٣٤٣ - تعذر الوفاء للدائن وإبراع الدبج : وقد يجد المدين نفسه في حالة تعذر أن يوفى دينه للدائن المرتهن مباشرة ، ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

أولاً - إذا كان الدائن قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين في الحالات التي ينتقل فيها ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة ، عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عوض حقيقي أو إعدار .

ثانياً - إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن ،

(١) الوسيط ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٩٦ - ص ٦٩٨ .

دون أن يعرضه عرضاً حقيقياً . وقد يجد المدين نفسه ، بمد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً - إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فتي قام سبب جدى يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به . فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشتري الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام بالتصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشتري بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعتمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع .

وفي هذه الفروض المتقدمة ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقى ، فتبرأ ذمته^(١) .

ومتى برأت ذمة المدين من الدين ، يكون الدين قد انقضى ، فينقضى معه الرهن .

وهكذا يستطيع المدين عادة أن يجد طريقاً للخلاص من الدين أو إبراء ذمته ، فتي فعل وانقضى الدين ، انقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين .

§ ١ - الوفاء بمقابل

٣٤٥ - القواعد العامة للوفاء بمقابل : وقد ينقضى الدين ، لا بالوفاء ، ولكن بالوفاء بمقابل . والقواعد العامة التي تنطبق على الوفاء بمقابل تنطبق هنا أيضاً^(٢) ، ومتى انقضى الدين انقضى معه الرهن .

٣٤٦ - التكيف القانوني للوفاء بمقابل : والوفاء بمقابل عمل مركب ،

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

فهو تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية . فالوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى تغير محل الدين عمد المدين إلى الوفاء بالمحل الجديد^(١).

٣٤٧ - ضحاه الاستحقاق في الوفاء بمقابل : وإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد ، وانقضت تأميناته معه ومنها الرهن ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشتري على البائع ، لأنه إنما يطعن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باناً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضى الدين الأصلي بالرهن الذي يكفله وبتأميناته الأخرى ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي ، ولكن الرهن الكافل للدين الأصلي وبقية التأمينات تنقضى كما انقضى الدين الأصلي ، الذي انقضى بالتجديد ، فلا تكفل ضمان الاستحقاق^(٢) .

٣٤٨ - الوفاء بمقابل يقضى المبيع الجديد : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضى الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي ، أما الدين الأصلي فقد انقضى بالتجديد . ومن ثم ترتب النتائج الآتية :

(١) يزول الرهن الذي كان يكفل الدين الأصلي ومعه سائر التأمينات ، ولا تعود حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضى وانقضت معه الرهن وسائر التأمينات عن طريق التجديد .

(١) الوسيط ٣ فقرة ١٨٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٢ ص ٨٠٨ - ص ٨٠٩ .

(٢) إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلاً للمدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية . ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق .

(٣) يجوز لدائى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء . فإذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل . أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء . لم يسر هذا الوفاء بمقابل فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل^(١) .

٣ - التجديد

٣٤٩ - الفواعل العامة للتجديد نسرى : والتواعد العامة للتجديد^(٢)

نسرى هنا أيضاً بوجه عام . والتجديد عمل مركب ، فهو قضاء دين قديم وإنشاء دين جديد يحل محله .

وإذا كان الالتزام الجديد لا يغير الالتزام القديم فى عنصر هام ، فى الدين أو فى المدين أو فى الدائن ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو قراراً (ratification) له حتى يسرى فى حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً . كذلك إدخال تعديل غير جوهري على الالتزام القديم لا يعد تجديداً ، فإضافة أجل إلى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود ،

(١) انظر الوسيط ٣ فقرة ٤٨٣ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٤ - فقرة ٥٢٤ .

كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً إلى حد أن يكون هناك تجديد . كذلك إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين شخصي أو عيني ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادة أو بنقص ، كل ذلك لا يعد تعديلاً جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنها أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو إلغاء شرط واقف أو شرط فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلاً جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين (١) .

٣٥٠ - تغيير الالتزام في حساب جار : ومجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام ، لأن مجرد تقييد الالتزام في الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً . لكن الالتزام الذى قيد في الحساب الجارى نفى ذاته ويصير قلماً من أقلام الحساب ، وينقضى الالتزام قبل أن يتم تجديده ، ويحل محله عنصر حسابى هو الدائنية أو المديونية التى يمثلها الالتزام في الحساب الجارى .

ويترتب على أن الالتزام ينقضى حتى قبل أن يتم التجديد أن تروى عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم . وكان ينبغى ، إذا كان الالتزام مضموناً برهن ، أن ينقضى هذا الرهن بانقضاء الالتزام المضمون بالرهن ، لولا أن المادة ٣٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : ١ - لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . ٢ - وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٩٠ .

إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك .

فإذا كان الالتزام مضموناً برهن رسمي مثلاً ، فبالرغم من أنه قد انقضى وإن كان لم يتجدد ، فإن الرهن الرسمي لا ينقضى تبعاً للالتزام المضمون به ، ولكنه يبقى كما يقول النص .

فإذا ما قطع رصيد الحساب الجارى وتم إقراره ، فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفي الحساب وديناً في ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المتيدة في الحساب الجارى . ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذي حل محل الالتزامات المتيدة ، وينتقل إلى الرصيد التأمين الخاص الذي كان يكفل الالتزام المتيد . والذي رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولاً به . وغنى عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالة عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب وانقضائه على هذا الوجه^(١) .

٣٥١ - نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد : تنص

المادة ٣٥٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين ككفالة الالتزام الأصيل ، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية : » .

« (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تحقق ضرراً للغير » .

(١) للوسيط ٣ فقرة ٤٩٨ ص ٨٣٩ - ص ٨٤٠ .

« (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية ، دون حاجة إلى رضا المدين القديم » .
 « (ح) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » .

« ٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل » .

وتنص المادة ٣٥٨ مدني على ما يأتي :

« لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينة كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون »^(١).

§ ٤ - المقاصة

٣٥٢ - الفوائد العامة للمقاصة تسري : وتسري هنا أيضاً القواعد العامة المقررة في شأن المقاصة^(٢) . والمقاصة أداة وفاء ، وأداة ضمان . فأما أنها أداة وفاء ، فذلك يستخلص من انقضاء دينين متقابلين توافرت فيهما شروط معينة . وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين . فيستوفي حقه منه متقدماً عليهم جميعاً ، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأمينا ، فهي من هذا الوجه أداة ضمان^(٣) .

وقد أوجب التقنين المدني الجديد على ذي المصلحة في المقاصة أن

(١) انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٠٣ - فقرة ٥١٠ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ - فقرة ٥٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ .

يتمسك بها ، والتمسك بالمقاصة يراد به تأكيد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضى لا يجوز له أن يقضى بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بها . والتمسك بالمقاصة يصح فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائى ، وفى أثناء إجراءات التنفيذ . ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضى أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، وإغفال التمسك بها قد يؤول على أن ذا المصلحة قد نزل عنها بعد ثبوتها .

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً ، إنما هو إشعار للطرف الآخر بوقوع المقاصة . فالمقاصة ليست من النظام العام ، ويجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينزل عنها ، صراحة أو ضمناً (١) .

٣٥٣ — مانه من عداوت النزول الضمنى عن المقاصة : وقد نصت

المادة ٣٦٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » .

وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له فى ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولاً — حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين . فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا

يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمنى منه عن التمسك بحقه في المقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضى الدين الذى كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذى كان قد انقضى بالمقاصة . ولكن لا يعود من التأمينات التى كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا يضار دائن مرتهن متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذى كان يكفل الحق ، لأن هذا الرهن قد زال لأنه يكفل حقاً كان يجب أن ينقضى بالمقاصة .

ثانياً - حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه بجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين قد نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وجعل القانون من جهل المدين بحقه المكفول برهن عذراً مقبولاً ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم في ذمته ، لا على أنه وفاء لدين انقضى بالمقاصة . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين يبقى مع الرهن الذى يكفله ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين» (١) .

§ ٥ - اتحاد الذمة

٣٥٤ - القواعد العامة لاتحاد الذمة تسرى : وتسرى هنا أيضاً القواعد العامة لاتحاد الذمة (٢) . واتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، ويرث المدين حق الدين ، فتتحد الذمة في الدين ، وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامى ، وهى التى تطبق في الميراث ، تقره وتنقل حقوق الدائن إلى ورثته ، (الصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هى المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٦١ - فقرة ٥٧٤ .

تأني قواعد الفقه الإسلامى أن تتحد الذمة فى الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذى على التركة . فالديون لا تورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن . ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون . فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة فى هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية جد ضئيل . إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقه الرئيسيين . فقد أفرد له المشروع مادتين (أدمجتا بعد ذلك فى مادة واحدة) . تناول فى أولاهما تحديد نظامه . واستظهر فى الثانية الأثر المترتب عليه ^(١) » .

وقل أن تتحد الذمة عن طريق التصرف القانونى ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع . إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدنى على ما يأتى : « إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فهذا دين متنازع فيه فى ذمة المدين للدائن . وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له ، فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائماً لنفسه ، وتتحد الذمة فى الدين . والواقعة التى أدت إلى اتحاد الذمة هنا هى تصرف قانونى ما بين الأحياء ، فان استرداد الدين ينطوى على تصرف قانونى . والمثل الآخر الذى يورده الفقه عادة لتصرف قانونى ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكميالة قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها بشرائها المسحوب عليه فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائماً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩١ .

والدائن ، وتتحمل الذمة في الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب عليه للكميالة ، وهذا تصرف قانوني مابين الأحياء (١) .

٣٥٥ - عودة الدين إلى الظهور : فإذا زال بأثر رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة (٢) .

ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولاً بسند تنفيذي أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . ويعود أيضاً الرهن والتأمينات التي كانت تكفله من كفيل شخصي وكفيل عيني ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال فأبطلت ، وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بمقوماته ودفعه وتأميناته . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة .

ومثل ذلك أيضاً أن يقبل الكميالة المسحوب عليه ، ويشترها بعقد قابل للإبطال ، ثم يبطل العقد .

ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف .

في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٦٥ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٣ .

بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور ، بما كان يكفله من رهن وتأمينات .
وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدني على هذه الأحكام ، إذ
تقول : « وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر
رجعي ، عاد الدين إلى الوجود وهو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن
جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » .

٣٥٦ - زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي :

وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور
ذلك إذا ورث المدين الدائن فاتحدت الذمة في الدين ، ثم اتفق الوارث
باعتباره دائماً مع شخص آخر فحول الدين له . ففي هذه الحالة يعود الدين
إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ، وبصبح المحال له دائماً للوارث .
واكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه . ففى المثل الذي
نحن بصددده ، إذا كان للدين كفيل عيني أو شخصي ، وبرئت ذمة هذا
الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بأثر غير رجعي ، فإن الكفالة العينية
(الرهن) أو الشخصية لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ،
لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين الوارث والمحال له ، وقد
برئت ذمته من الكفالة ، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه (١) .

٦٥ - الإبراء من الدين

٣٥٧ - القواعد العامة للإبراء نسري : وهنا أيضاً تنطبق القواعد

العامة للإبراء (٢) . والإبراء تصرف تبرعي صادر من جانب واحد هو
الدائن المبرئ ، وينقضي به الدين ، فيزول الرهن . وتنص المادة ٣٧٢
مدني على ما لمأتي : ١١ - يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٧٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٧٦ - فقرة ٤٨١ .

نسرى على كل تبرع . ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص . ولو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

وكان الإبراء فى التقنين المدنى السابق اتفاقاً يتم بين الدائن والمدين على انقضاء الدين دون مقابل . وقد عدل التقنين المدنى الجديد عن هذا التكييف التقليدى ، وصرح فى المادة ٣٧١ مدنى بأن الإبراء يتم متى وصل إلى علم المدين . ويرتد برده . ومعنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين . وقد اقتبس التقنين المدنى الجديد هذا التكييف المستحدث من لفقه الإسلامى . ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، ويرتد برد المدين .

٣٥٨ - الإبراء ينتهى الربح : والإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، على أن الإبراء يرتد برد المدين إياه فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين ، ولم يردده فى المجلس الذى علم فيه . لم يستطع أن يردده بعد ذلك . أما إذا رده فى المجلس ، فانه يرتد ويزول أثره ، ويبقى الدين فى ذمة المدين بجميع تأميناته ومنها الرهن الرسمى (١).

٣٥٩ - وينتضى مع الربح تأميناته ويدخل فيها الرهن الرسمى : وإذا ينتضى الدين بالإبراء ، فإنه ينتضى ما كان يكفله من تأمينات ، ويدخل فيها الرهن الرسمى .

٣٦٠ - إبراء الدائن للمدين من الربح ونزوله عن الرهن الرسمى : وقد يتفق أن الدائن يتلقى رهنًا رسميًا من المدين يكفل له الوفاء بالدين .

وهنا إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، برئت ذمة المدين وانقضى الدين ، وانتهى معه الرهن الذى يكفله . وقد يكتفى الدائن بالنزول عن الرهن الرسمى ، وفى هذه الحالة يزول الرهن الرسمى وحده بالنزول عنه

من الدائن المرتهن . ولكن الدين يبقى إذ لم يوجد سبب لزواله . فالرهن يزول مع الدين كما قدمنا . ولكن الدين لا يزول مع الرهن ، إذ أن الرهن تابع والدين أصيل .

§ ٧ - استحالة التنفيذ

٣٦١ - القواعد العامة لاستحالة التنفيذ نسري : وهنا أيضاً

تسري القواعد العامة لاستحالة التنفيذ^(١) . ويلاحظ أن استحالة التنفيذ التي تنقضي الدين يجب أن تكون استحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقض الدين . وإذا كان الدين يبقى . كان نفيذه العيني أصبح مستحيلاً على كل حال ، ومن ثم يؤول إلى تعويض في ذمة المدين جزاء خطئه . ولا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض ، بل إن الالتزام الأصلي باق بعينه وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . ولو قلنا إن الالتزام الأصلي قد انقضى إذا استحال التنفيذ بخطأ المدين ، لترتب على ذلك انقضاء الرهن الرسمي وسائر التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، مع أن الرهن والتأمينات تبقى متى كان خطأ المدين هو السبب في استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي^(٢) .

٣٦٢ - انقضاء الالتزام ونوابه باستحالة التنفيذ بسبب أجنبي :

ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . أن ينقضي هذا الالتزام ، وينقضي معه الرهن الرسمي الذي كان يكفله .

ولا ينقضي الرهن الرسمي فقط ، بل تنقضي جميع توابع الالتزام ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله . فإذا

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٨٥ - فقرة ٥٩٠ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٧٨ .

كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدائن نحو القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل ، عيني أو شخصي . ثم استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه . فإن ذمة الكفيل العيني أو الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

ومنى انقضى الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم بأن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين . أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض . وجب على المدين أن ينقل للدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض^(١) .

§ ٨ - التقادم المسقط

٣٦٣ - القواعد العامة للتقادم المسقط نرى : وتنطبق هنا أخيراً القواعد العامة للتقادم المسقط^(٢) . وبلاحظ أننا الآن في صدد انقضاء الدين ذاته وانقضاء الرهن بصفة تبعية ، لا في صدد انقضاء الرهن بصفة أصلية التي سيأتي الكلام فيه فيما يلي .

٣٦٤ - التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة : وإلى جانب المدين وخلفه لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، ومن ذوي المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم الحائز للعقار المرهون .

فللحائز أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ومضت على الدين مدة

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٥٩ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ - فقرة ٦٨٠ .

التقادم ، ورجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم .

فإن كان المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته وتخرج من أن الحائز دفعه بالتقادم ، فما عليه إلا أن يوفيه للدائن ، فهو المدين الأصلي الذي يجب عليه الوفاء^(١) .

٣٦٥ - سقوط الدين وتوابعه بالتقادم : وإذا تمسك المدين بالتقادم في دين تم تقادمه . فإن الدين يسقط ، ويسقط مع الدين توابعه من رهن رسمي وحق امتياز وحق اختصاص وكفالة وما إلى ذلك . فينقضي الرهن بانقضاء الدين بالتقادم . فإن التابع يزول بزوال الأصل . كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائد وملحقاته ، باعتبارها توابع الدين^(٢) .

٣٦٦ - التقادم بسقط الحق والدعوى معا : والتقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الحق والدعوى جميعاً ، ومتى سقط الحق سقطت معه توابعه . ومنها التأمينات التي تكفل الحق ويدخل فيها الرهن الرسمي .

ومما يقطع في أن الحق ذاته هو الذي يسقط أن الدين ، في غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء ، لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باق في ذمته ، فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضي الحق والدعوى معاً كما تقتضيها الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الالتزام المتقادم التزام طبيعي^(٣) .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٤٩ ص ١١٣٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٦٧ .

(٣) لوران ٢٢ فقرة ٢٠٥ - هيك ١٤ فقرة ٨٢٨ - ترولون ١ فقرة ٢٩ .

ولكن هذا الرأي لم يسد ، والرأى الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدنى الذى سقط بالتقادم التزام طبيعى . وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدنى المصرى الجديد ، فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدنى ، فهى تقول :

« يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » .

والنص صريح فى أمرين : (أولاً) فى أن التقادم يقضى الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقضى الدعوى . (ثانياً) فى أن الالتزام الذى ينقضى بالتقادم ، يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى^(١) .

المبحث الثانى

انقضاء الرهن بصفة أصلية

٣٦٧ - أسباب انقضاء : المقصود هنا من أن الرهن ينقضى بصفة أصلية ، هو أنه ينقضى وحده استقلالاً ، دون أن ينقضى بانقضاء الدين بصفة تبعية . فينقضى الرهن ، دون أن ينقضى الدين . وهذا يحصل أحياناً .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة ينقضى بها الرهن دون أن ينقضى الدين ، وكان ينص على أربعة أسباب أخرى حذفت جميعاً . ومن هذه الأسباب الأربعة ، توجد أسباب ثلاثة تقضى بها القواعد العامة فحذفها لا يهم . أما السبب الرابع ، وهو انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم ، فقد كان من المفيد بقاؤه إذا أريد العمل به .

(١) الرسيط ٣ فقرة ١٧٤ .

فهناك إذن أسباب سبعة تعرض لها هنا ليبحثها ، وهى :

- (١) تمام إجراءات التطهير (م ١٠٨٣ مدنى) .
- (٢) بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى (م ١٠٨٤ مدنى) .
- (٣) عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون (م ١٠٨٤ مدنى فى آخرها) .
- (٤) نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى .
- (٥) اتخاذ الذمة فى العقار المرهون .
- (٦) هلاك العقار المرهون .
- (٧) التقادم .

١ § - تمام إجراءات التطهير

٣٦٨ - نص قانونى : نصت المادة ١٠٨٣ مدنى على ما يأتى :

« إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائياً ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار »^(١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى حق الرهن بطريقة أصلية ، أى مستقلاً عن الدين ، بأسباب مختلفة - فهو ينقضى بالتطهير ، حتى لو فسخت ملكية الحائز الذى أجرى التطهير ، كما إذا طهر المشتري وفاء العقار المرهون ثم استرده البائع ، فإنه يسترده مطهراً »^(٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٠٥ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٤ - ص ١٤٥) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

وبفهم من هذا النص أن حق الرهن الرسمي ينقضي بالتطهير ، سواء تم التطهير والعقار لا يزال في ملكية الحائز ، أو تم بعد أن باع الدائنون العقار في المزاد العلني الجبري ورسا المزاد على غير الحائز .

٢٦٩ - تمام التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على

غير الحائز : وإذا تم التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز ، ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنيين أو أودعه خزانة المحكمة ، فقد تطهر العقار وانتهت رهون ، حتى لو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذي رسا به المزاد .

هذه الرهون التي لم تدفع يصدق عليها أنها انقضت دون أن تنقضي الديون ، ولكن من جهة أخرى هناك السبب ينطبق عليه الوجه الثاني لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ، وينطبق عليه أيضاً الوجه الثالث لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو عدم سماح مرتبة الدائن المرتين باستيفاء حقه من العقار المرهون ، فلا تطيل القول فيه . ونقتصر هنا على استعراض الصورة الأخرى من التطهير ، وفيها يبقى العقار في ملكية الحائز ويتم التطهير فينقضي الرهن بصفة أصلية .

٣٧٠ - تمام التطهير مع بقاء العقار المرهون في ملكية الحائز : في

هذه الصورة يتطهر العقار مع بقاءه في ملكية الحائز ، وينقضي الرهن بصفة أصلية إذا لم يستوف الدائن المرتين حقه لعدم كفاية ما عرضه الحائز وتأخر مرتبة الدائن المرتين ، إذ ينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين .

وانقضاء الرهن دون أن ينقضي الدين يجعل الرهن ينقضي بصفة أصلية . إذ أنه قد انقضى لا تبعاً للدين بل مستقلاً عنه .

وقد أتت المذكرة الإيضاحية بمثل على ذلك ، ففرضت أن المشتري

وفاء ، وهو مالك تحت شرط . فاسخ ، قد طهر العقار وهو لا يزال في ملكيته بأن قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز . ثم استرد العقار البائع وفاء في الميعاد ، فإنه يسترده مطهراً ، ولا يفسخ التطهير بفسخ ملكية المشتري بل يبقى . وبذلك يتم تطهير المقار بالرغم من فسخ ملكية المطهر ، وهو المشتري وفاء ، ومن لم يستوف من الدائنين المقبدين حقه لتأخر مرتبته ينقضى رهنه دون أن ينقضى ماله من دين . ويبقى الدين ديناً شخصياً ، وبذلك ينقضى الرهن بصفة أصلية .

ولما كان البيع الوفاؤى قد أُلغى في التقنين المدني الجديد ، فنأى بمثل آخر .

نفرض أن الحائز ، بعد أن طهر العقار مع استبقاء ملكيته ، كشف أن عقده قابل للإبطال ، وأبطل من له الحق في الإبطال عقد الحائز ، واشتد العقار بأثر رجعي . عند ذلك يسترده مطهراً كما كان في يد الحائز ، ولا يبطل التطهير .

وهذا مثل فيه عاد المقار بأثر رجعي ، ونأى بمثل آخر لا يكون فيه الأثر الرجعي .

بعد أن طهر الحائز العقار مع استبقاء ملكيته ، باعه لمشتري . فإنه يبيعه مطهراً كما كان في يده ، ويأخذ المشتري العقار وهو خال من القيود . فهنا بقي العقار مطهراً مع زوال ملكية الحائز . ولم يكن زوال الحائز بأثر رجعي .

وفي جميع هذه الأمثلة ، يجب حتى يتم التطهير وتنقضى الرهون : أن يدفع الحائز ما قدره قيمة للعقار المرهون ، أو يودعه خزانة المحكمة :

§ ٢ - بيع العقار بيعاً جبرياً بالمراد العلني

٣٧١ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٨٤ مدني على ما يأتي :

« إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » (١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينقضى الرهن بطريقة أصلية ... كذلك بالبيع الجبرى ، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين » (٢) .

٣٧٢ - البيع في مواجهة مالك العقار : وهنا يفترض القانون عقاراً

مرهوناً لم ينتقل إلى حائز ، وعمد الدائن المرتهن إلى التنفيذ عليه ببيعه بيعاً جبرياً في المزاد العلني . فإذا ما بيع ورسا مزاده على أحد ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

ومن رسا عليه المزاد يفضل طبعاً إيداع الثمن خزينة المحكمة ، بدلاً من أن يقوم سائر القاضى وبوزع الثمن على من تسمح مرتبتهم بأخذ شيء منه من الدائنين المقيدین . فقد يخطئ في التوزيع ، فيتحمل مغبة هذا الخطأ (٣)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٦ من المشروع التمهيدى ، حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ - ص ١٥١) .

التقنين المدنى الرطبى : لا مقابل . ويقابله المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

(٣) وقد نفت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بعد انقضاء حق الرهن ببيع العقار المرهون جبراً . لا تجوز إعادة حق الرهن بموجب اتفاق هرقى خاص (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ١٢ ص ٣٠٢) . ونفت أيضاً بأنه إذا بيع العقار المرهون جبراً ورسا مزاده على =

٣٧٣ - البيع في مواجهة الحائز : ويكون البيع في مواجهة الحائز ،

إذا لم يختر هذا لا دفع الديون ولا تخلية العقار ولا تطهيره ، فعند ذلك لا مناص من بيع العقار في مواجهة الحائز نفسه .

ويكون البيع في مواجهة الحائز أيضاً ، إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار ، وعرض على الدائنين المقيدین ما قدره تيممة له . فرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز ، وباعوا العقار جبراً في المزاد العلني . عند ذلك يبيعونه في مواجهة الحائز لأنه هو المالك للعقار ، وذلك ما لم يختر الحائز تخلية العقار .

فإذا ما بيع العقار ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن على هذا العقار ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، ويفضل الراسي عليه المزاد الأمر الأول .

٣٧٤ - البيع في مواجهة الحارس : هنا فرض القانون أن للعقار

حائزاً ، وأن هذا الحائز لم يدفع الديون ولم يطهر العقار ولا يريد تحمل إجراءات بيع العقار ، فيعمد إلى تخلية العقار وتعيين حارس عليه يباع العقار في مواجهته .

فإذا بيع العقار في مواجهة الحارس ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن هنا أيضاً ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد خزانة المحكمة ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . ويفضل الراسي عليه المزاد الأمر الأول ، حتى لا يتحمل خطر التوزيع . وفي هذه الحالة والحالتين اللتين سبقتاها ، قد لا يأخذ أحد الدائنين

= كل الدائن المرتهن فانقضى الرهن ، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية وأعيدت بناء على طلب دائن آخر ، عاد رهن الدائن الأول إلى الظهور ويجب اعتباره عند إعادة التوزيع (استئناف مخطوط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٤٣ ص ٦٩) .

المرتبهين المتأخرين أى شىء من حقه لتأخره فى المرتبة ، وينقضى رهنه مع ذلك ، ويبقى دينه ديناً شخصياً دون رهن . وعلى ذلك ينقضى الرهن بصفة أصلية ، مع بقاء الدين الذى يبقى ديناً شخصياً .

§ ٣ - عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون

٣٧٥ - كيف نفهم ذلك : نفرض هنا أن عقاراً رهن لعدة دائنين مرتبهين متسلسلى المرتبة ، وأن العقار المرهون هبط ثمنه بعد رهنه فأصبح لا يكفى للوفاء بحقوق جميع الدائنين المرتبهين . ونفرض أن الدائن المرتهن الأخير مثلاً لا ينال شيئاً من ثمن العقار ، فهنا ينقضى رهنه مستقلاً عن الدين ، ويبقى الدين شخصياً . ويكون زوال الرهن بصفة أصلية ، لا بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين .

٣٧٦ - نص قانونى فى هذا المعنى : والنصوص القانونية تؤكد أن الدائنين المرتبهين يتقاضون حقوقهم بحسب مراتبهم ، من ثمن العقار المرهون . فإذا لم يبق من ثمن العقار شىء لدائن مرتهن متأخر ، لم يأخذ الدائن المرتهن شيئاً من رهنه ، ومع ذلك يبقى دينه ديناً شخصياً ، ولا ينقضى كما انقضى الرهن .

ونأتى بنص قانونى درسناه أخيراً ، هو نص المادة ١٠٨٤ مدنى . وتقول هذه المادة ، كما رأينا (١) ، إنه « إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ... فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدى الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن » . فالنص يفرض أن هناك دائنين مرتبهين لا تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فالدائن المرتهن الذى لا تسمح مرتبته

(١) انظر آتياً فقرة ٢٧١ .

بأخذ شيء من ثمن العقار يكون قد انتضى رهنه بصفة أصلية ، ولا ينقضى الدين بل يبقى ديناً شخصياً ، ومن ثم يكون هذا سبباً في انقضاء الرهن بصفة أصلية دون الدين .

٣٧٧ - النصوص التي حذفت من المشروع : ويأتى بعد ذلك أربعة نصوص حذفت كلها من المشروع . ثلاثة منها لوضوحها ، والآخر لاختلاف الرأى فيه .

أما النصوص التي حذفت لوضوحها فهي تلك المتعلقة بنزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى ، وباتخاذ الذمة في العقار المرهون ، وبهلاك العقار المرهون .

وأما النص الذى اختلف الرأى فيه ، فهو المتعلق بتقادم الرهن .
ونتناول هذه النصوص الأربعة . مبتدئين بالنصوص الثلاثة الواضحة . وننتهى بالنص الرابع المختلف فيه ، وهو النص المتعلق بتقادم الرهن ، فنبحث في إيجاز سبب الخلاف في هذا النص .

§ ٤ - نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى

٣٧٨ - النص المحذوف : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص في المادة ١٥٠٧ منه على ما يأتى :
« يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى صراحة أو ضمناً ، وفي كل حال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين »^(١) .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة حذفه دون أن تبين سبباً لهذا الحذف ، والظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص واضح

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ في الهامش .

ويمكن تطبيقه دون نص ، لأن حق الرهن الرسمي هو حق الدائن المرتهن وليس من النظام العام ، فمن الجائز أن ينزل عنه الدائن المرتهن ، وأهليته للنزول عن هذا الحق الذي يعرض الدين للخطر هي الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : « ينقضي حق الرهن ، بطريقة أصلية أيضاً ، بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه » (١).

٣٧٩ - النزول الصريح أو الضمني : ينقضي الرهن بصفة أصلية

ينزول الدائن المرتهن عنه صراحة أو ضمناً ، دون مساس بالدين . فالدين يبقى ، لأنه لو انقضى لا ينقضي الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصلية . فيقصد بالنزول عن الرهن النزول عن الرهن وحده لا الدين ، فيبقى الدين ديناً شخصياً بعد أن انقضى الرهن ، ولذلك يكون انقضاء الرهن انقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية .

والنزول الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، وإن كان عملاً من أعمال التبرع . وبصح أن يكون بكتابة عرفية ، كما يصح أن يكون من غير كتابة . فإن حصل من غير كتابة ، فلا يمكن إثباته بالبينة والقرائن إلا في الأحوال التي تقبل فيها الشهادة (٢) .

والنزول الضمني يستتج من الأعمال التي تدل عليه ، كاشتراك الدائن المرتهن في الصلح بين المفلس والدائن . وقد نصت المادة ٣١٨ تجارى على أنه « لا يكون لأرباب الديون الحائزين لرهن عقار . . . رأى في الأعمال المتعلقة بالصلح بسبب ما لهم من الديون المذكورة ، ولا تحسب ديونهم في مجموع الديون التي تعتبر في صحة الصلح ، إلا إذا تنازلوا عن رهونهم . . . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٢٢٦١ .

وإذا شاركوا المدينين الآخرين في الرأى في الصلح ، فمجرد إعطائهم الرأى يعد تنازلاً عن ذلك . ولو لم يتم الصلح » . واشتراك الدائن المرتهن في بيع العتار المرهون أو هبته بمعرفة المدين يمكن اعتباره نزولاً ضمناً عن الرهن ، إذا لم يمكن تفسير الاشتراك بغير ذلك كما إذا حضر الدائن بصفته شاهداً^(١) . وقد يفسر الاشتراك بأنه نزول عن حق التبع ، لا عن حق التقدم^(٢) . والمحكمة تقدر ذلك بحسب ظروف كل دعوى ، ولا يؤخذ النزول ضمناً بطريق الظن^(٣) . والنزول إما أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى الجميع ، أو نسبياً بترك الرهن لمصلحة شخص معين^(٤) .

٣٨٠ — النزول عن الرهن ومحو القيد : ويجب التمييز بين النزول

عن الرهن ومحو القيد ، وإن كان النزول عن الرهن يستوجب محو القيد . فالنزول عن الرهن لا يستوجب شكلاً خاصاً كما قدمنا . أما محو القيد فقد جاء في المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري ما يأتي : « لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه ، ومع ذلك يكتفى في إجراء المحو في حالة رهن الحياة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه » .

فيكون المحو الاختيارى لقيد الرهن الرسمى برضاء الدائن المرتهن بتقرير رسمى منه ، ولا يكون بعقد عرفى ولو كان مصدقاً على التوقيع فيه .

٣٨١ — النزول عن قيد الرهن فقط : وقد يكون النزول ، لا عن

الدين ، ولا عن الرهن ، ولكن عن قيد الرهن فقط . وعند ذلك يبقى

(١) ترولون ٤ فقرة ٨٦٩ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٦٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٠٨ — بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٢٧ و فقرة ٢٢٦٢ — أوبرى

ورر ٣ فقرة ٢٩٢ وهامش ٢٠ وهامش ٣٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤ .

(٤) استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ .

الدين ، ويبقى الرهن . ويجوز عمل قيد جديد . ولكن هذا القيد الجديد لا يأخذ مرتبته إلا من وقت عمله .

٣٨٢ - النزول عن مرتبة الرهن : وقد ينزل الدائن . لا عن الدين

ولا عن الرهن ، ولكن عن مرتبة الرهن وحدها .

وقد رأينا كيف أن الدائن المرتهن ينزل عن مرتبة رهنه إلى دائن مرتهن آخر على نفس العقار يكون متأخراً عنه ، فيأخذ كل منهما مرتبة الآخر .

٣٨٣ - النزول عن الرهن إرادة منفردة : ونزول الدائن المرتهن

عن الرهن إرادة منفردة من جانبه ، فلا يشترط فيه قبول الراهن (١) .

والدائن المرتهن الذى أبدى هذه الإرادة يزول رهنه وقت النزول

عنه ، ولا يجوز له أن يسحب نزوله ، بل يلزم به بمجرد حصوله . وقد

قضت محكمة النقض بأنه إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل ،

واتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن ينزل عن رهنه على العقار المبيع

وعن السير في إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه ، وقرر

المرتهن أنه حرر هذا العقار من الرهن وتعهده بشطبه ، فإن هذا الاتفاق ،

وإن لم يسجل هو الآخر ، ملزم للمرتهن ، فلا يجوز له أن ينقضه . فإذا

هو سار في إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه ، فلا يصح

له أن يتمسك بملكيته إياه في مواجهة ذلك المشتري ، وإذا هو رفع عليه

دعوى الملكية وقضى برفضها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون ، إذ المرتهن

شأنه شأن البائع سواء بسواء . فكما أن البائع الذى يتعهد بنقل الملكية لغيره

لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتماداً على عدم تسجيل عقد البيع ، كذلك المرتهن

الذى يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائياً عن السير في إجراءات

نزع الملكية لا يصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير في تلك الإجراءات (٢) .

(١) نرولون ٤ لفرة ٨٦٨ - بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٥٩ .

(٢) نقض ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ٦١ ص ١٤٩ .

أما النزول عن المرتبة أو حلول آخر محل الدائن ، فإنه يلزم تمامه توافق إرادتي المرتهن ومن حصل النزول له ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسحب نزوله حتى يتم قبوله^(١) ، لأن النزول في هذه الحالة يكون اتفاقاً^(٢).

٣٨٤ - الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن : وتقول المادة ١٥٠٧

المحذوفة كما رأينا إن الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن هي الأهلية اللازمة لإبراء ذمة المدين من الدين .

والنزول عن الدين ، والنزول عن الرهن . كلاهما عمل من أعمال التبرع ، لأنه يتم تبرعاً دون مقابل .

فيجب ، حتى يكون الدائن المرتهن أهلاً للنزول عن الرهن . أن تتوفر فيه أهلية التبرع . أى أن يكون بالغاً من الرشد غير محجور عليه . فلا يصح للوصى أو القيم أن ينزل عن الرهن . ولو بإذن القاضي . ولا يملك النزول عن الرهن إلا الدائن المرتهن نفسه . بشرط أن يكون بالغاً من الرشد غير محجور عليه .

وقد نصت المادة ١١١٣ مدنى . بالنسبة إلى الرهن الخياري . على أن الدائن المرتهن يصح أن ينزل عن حقه في الرهن « إذا كان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين »

§ ٥ - اتحاد الذمة في العقار المرهون

٣٨٥ - النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى ينص

في المادة ١٥٠٨ منه على ما يأتى :

« ١ - ينقضى الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمى » .

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٥٩ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩ ص ٢٨٦ .

« ١ - ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب انتقال الحق ، وكان لزواله أثر رجعي » (١) .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة ولم تذكر سبب الحذف . والظاهر أن سبب الحذف كان لوضوح الحكم ، فإن اتحاد الذمة مانع طبيعي لبقاء الرهن .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى : « وينتضى (حق الرهن) باتحاد الذمة ، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، أو انتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون . فإن زال السبب فى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، كفسخ البيع الذى ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون ، عاد الرهن » (٢) .

٣٨٦ - انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن : وهذا يقع كثيراً ، فقد برسوا المزار ، فى حالة بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، على دائن مرتهن . فيملك الدائن المرتهن العقار المرهون ، ويصبح الرهن واقعاً على ملكه . وعند ذلك يزول الرهن باتحاد الذمة ، إذ أن الدائن المرتهن أصبح مالكا للعقار المرهون ، فصار صاحب حق الرهن وفى الوقت ذاته صار صاحب العقار المرهون .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يشتري الدائن المرتهن العقار المرهون شراء اختيارياً ، لا فى المزار الجبرى .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يرث الدائن المرتهن العقار ، أو بأن يوصى له به ، فيصبح الدائن المرتهن مالكا للعقار المرهون ، فتتحد الذمة ، وينتضى الرهن بطريق أصلى دون أن ينتضى الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ فى الهامش .

٣٨٧ - انتقال حق الرهن الرسمي إلى العقار المرهون : وقد ينعكس

الوضع ، فيملك مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي .
مثل ذلك أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ،
فيصبح مالكا للرهن الرسمي بطريق الميراث ، وهو في الوقت ذاته مالك
للعقار المرهون . فينقضي الرهن الرسمي بطريق أصلي ، دون أن ينقضي
الدين .

ومثل ذلك أيضاً أن يوصي الدائن برهنه لمالك العقار المرهون ، فيصبح
هذا المالك مالكا للرهن كذلك . فينقضي الرهن باتحاد الذمة ، ويزول
بطريق أصلي .

ومثل ذلك أيضاً أن يحبل الدائن المرتهن مالك العقار المرهون بالدين
والرهن ، فيصبح مالك العقار المرهون صاحب الرهن ، وينقضي الرهن
بطريق أصلي باتحاد الذمة .

٣٨٨ - زوال السبب في اتحاد الذمة : وقد يزول السبب في اتحاد

الذمة بأثر رجعي ، وتتعقب ذلك في الفروض التي بسطناها .
ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، عن طريق الرسو في المزاد ،
قد يبطل . فإذا كان الرسو في المزاد باطلا ، وتقرر بطلانه ، خرج العقار
المرهون من ملكية الدائن المرتهن ، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان ،
ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون للدائن كأن لم يكن ، وتزول الآثار التي
ترتبت على ذلك . فلا ينقضي الرهن بطريق أصلي ، لأنه عاد إلى الدائن
المرتهن ، ولم يصبح هذا مالكا للعقار المرهون . أما إذا كانت ملكية العقار
المرهون تزول عن الدائن المرتهن لا بأثر رجعي ، فإن ما تم من انقضاء
الرهن بطريق أصلي يبقى . مثل ذلك بعد أن يصبح الدائن المرتهن مالكا للعقار
المرهون فينقضي الرهن ، يعتمد الدائن المرتهن إلى بيع العقار المرهون .
فينتقل العقار مطهراً من الرهن كما كان إلى المشتري ، وتبقى الآثار التي

ترتبت على ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، ومن أهمها زوال الرهن بطريق أصلي .

وملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون بطريق الشراء الاختياري ، وانقضاء الرهن تبعاً لذلك بطريق أصلي ، قد تزول . ويتم ذلك مثلاً بأن يفسخ شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون أو يبطل ، فيزول الشراء ، ويعود الرهن الرسمي للدائن المرتهن . أما إذا كان شراء العقار المرهون لم يفسخ ولم يبطل ، بل عمد الدائن المرتهن بعد أن أصبح مالكا للعقار المرهون إلى هبة العقار فلا يوجد أثر رجعي ، فإن ما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلي يبقى .

ووراثه الدائن المرتهن للعقار المرهون أو الوصية له بهذا العقار قد يزول بأثر رجعي ، فيتبين مثلاً أن الدائن المرتهن ليس بوارث ، أو أن الوصية باطلة . فيتجرد الدائن المرتهن عن ملكية العقار المرهون ، ويعود الرهن كما كان ، وتزول الآثار التي ترتبت على انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن . ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون كأن لم يكن . أما إذا بقي انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن . بأن كان هذا وارثاً حقاً ، أو كانت الوصية صحيحة ، ولكن الدائن المرتهن بعد أن أصبح مالكا للعقار المرهون ، وبعد أن انقضى الرهن بطريق أصلي ، عمد إلى العقار فباعه أو وهبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشتري أو الموهوب له خالياً من الرهن ، لأنه لا يوجد أثر رجعي ، وما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلي يبقى .

وأما أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فقد يزول ذلك بأثر رجعي ، بأن يتبين مثلاً أن مالك العقار المرهون غير وارث . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن الرسمي ، فيعود هذا الرهن للوارث الحقيقي . وإذا بقي الرهن الرسمي لمالك العقار المرهون لأنه هو الوارث ، فقد يبيع العقار بعد أن زال عنه الرهن ، فيملكه المشتري خالياً من الرهن .

وإذا أوصى المدين المدين برهنه لماك العقار المرهون ، فقد يزول ذلك بأثر رجعي ، بأن تكون الوصية باطلة أو قابلة للإبطال فتسقط . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من حق الرهن الرسمي . ولا ينقضي الرهن بطريق أصلي بل يبقى . أما إذا كانت الوصية صحيحة . وتجرد المالك للعقار لآخر من ملكية العقار الذي زال عنه حق الرهن . فإن العقار تنتقل ملكيته إلى هذا الآخر وقد زال عن العقار حق الرهن نهائياً . وإذا ملك مالك العقار المرهون الرهن عن طريق احوالة . فقد تكون هذه احوالة باطلة أو قابلة للإبطال فتبطل . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن بأثر رجعي . فلا ينقضي الرهن بطريق أصلي . بل يبقى . أما إذا كانت احوالة صحيحة . وانقضى الرهن بطريق أصلي . ثم عمد مالك العقار إلى بيعه . فإن العقار ينتقل إلى المشتري دون أثر رجعي ، خالياً من الرهن .

§ ٦ - هلاك العقار المرهون

٣٨٩ - النص المحذوف : كان المشروع التمهيدى . يتعين المدين بنص

في المادة ١٥٠٩ منه على ما يأتي :

« ١ - إذا هلك العقار أو انقضى الحق المرهون . فإن الرهن الرسمي ينقضي ، وتراعى أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ » .

« ٢ - ومع ذلك ، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلاً برهن ، إضراراً بالدائن المرهن »^(١) .

ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة دون أن تبين السبب ، ولعل ذلك لوضوح الحكم .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

(١) يجوز لأحد خصميرة ١ ص ١٤٧ في هامش .

« وينقضى (حق الرهن) بهلاك العقار ، أو انقضاء الحق المرهون .
على أنه إذا كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانتضى بتنازل صاحبه ،
فإنه يعود إلى صاحب الرقبة مثقلاً بحق الرهن ، حتى لا يضر الراهن بحق
المرتهن . وإذا هلك العقار المرهون ، انتقل الرهن إلى ما يحل محله من تأمين
أو تعويض أو غير ذلك . وخير الراهن أو المرتهن بين الوفاء أو استكمال
التأمين ، وفقاً للقواعد التي سبق تقريرها » (١) .

٣٩٠ - هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون : قد يهلك العقار

المرهون ، بأن يحترق مثلاً أو تنزع ملكيته للمنفعة العامة . عند ذلك ينقضى
حق الرهن الرسمي لزوال محله ، ويكون زواله بأثر غير رجعي . وينقضى
الرهن هنا بصفة أصلية . لا بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين المضمون ،
لأن هذا الدين يبقَى ديناً شخصياً بالرغم من زوال الرهن .

ومثل هلاك العقار انقضاء الحق المرهون . فقد برهن حق رهناً رسمياً ،
ثم ينقضى هذا الحق . مثل ذلك حق الانتفاع أو حق الحكر ، الأول منهما
ينقضى حتماً بمرور المتفع . والآخر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة
(م ٩٩٩ مدني) . فإذا انقضى حق مقرر عليه رهن رسمي ، انقضى الرهن
الرسمي بانقضاء محله وهو الحق . ويكون انقضاء الرهن الرسمي بطريقة
أصلية إذ أن الدين لا ينقضى ، بل يتحول إلى دين شخصي إذ أن الرهن
الرسمي قد زال وبقى الدين .

٣٩١ - وجوب مراعاة أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ أي أحكام

هلاك العقار المرهون : وقد نصت المادة ١٠٤٨ مدني . كما رأينا ،
على ما يأتي :

« ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو يستوفى حقه فوراً .

٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين .

٣ - وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر .

وهذا النص ينطبق في حالة هلاك العقار أو تلفه . فإذا كان الراهن والذي تسبب بخطأه في الهلاك أو التلف ، كان هو المخطئ ، وخير الدائن المرتهن بين أن يستوفى حقه فوراً وبين أن يقتضى تأميناً كافياً يحل محل محل العقار المرهون .

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد للراهن فيه ، كان المدين لا الدائن هو المخير بين تقديم تأمين كاف وفاء الدين فوراً مع انتقاص الفوائد بالسعر القانوني في المدة ما بين وفاء الدين وحلول الأجل إذا كان الدين في الأصل لا ينتج فوائد .

٣٩٢ - انتقال الرهن إلى ما يحل محل الشيء المرهون : وقد نصت

المادة ١٠٤٩ مدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

وهذا هو الحلول العيني . فقد يحل محل الشيء المالك أو التالف بديل عنه ، كالتعويض إذا كان هناك مسئول عن التعويض ، أو مبلغ التأمين إذا كان الشيء مؤمناً عليه ، أو مقليل نزع الملكية إذا نزلت ملكية الشيء للمنفعة العامة . فينتقل الرهن بمرتبه إلى ما حل محل العقار المرهون حاولا عينياً .

وإذا هلك بعض العقار المرهون ، ظل الرهن على ما بقي من العقار من أجل كل الدين . فإذا احترق البناء بقي الرهن على الأرض التي كانت تحمل البناء^(١) ، ولكنه لا يرد على البناء الحديد الذي ينشأ محل البناء المحترق ، لأن البناء الحديد لم يكن محملاً بالرهن .

٣٩٣ - من ارتفاع هو الثقل بالرهن : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠٩ المحذوفة ، كما رأينا ما يأتي :

« ومع ذلك لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتناول عن حقه إذا كان مثقلاً برهن ، إضراراً بالدائن المرتهن » .

وهذا بدیهی ، فإن حق الانتفاع إذا رهنه صاحبه . يبقى قائماً على حق الانتفاع . ولا يجوز للمتفع أن يتعجل ، ويتنازل عن حق الانتفاع فيقضيه ويقضى الرهن معه ، إضراراً بالدائن المرتهن . وإذا هو فعل ، فإن حق الانتفاع يعود إلى مالك الرقبه ، مثقلاً بالرهن ، إلى أن ينتهي الرهن بوجه من أوجه انقضائه^(٢) .

وحق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المتفع . فإذا مات المتفع . وانتهى حق الانتفاع المرهون ، فإن الرهن يزول بزوال محله . ويزول بصفة أصلية

(١) بيدان وفواران فقرة ١٢٢٨ - سليمان مرقس فقرة ١٩٢ ص ٢٩١ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ١٢٢٩ - بلانبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٦٠٣٣ -

محمد كامل مرسي فقرة ١٩٢ ص ٢٩٢ .

مع بقاء الدين المضمون بالرهن . وينقلب الدين إلى دين شخصي . ولا يزول الرهن بصفة تبعية ، لأن الدين باق لا يزول .

§ ٧ - التقادم

٣٩٤ - النص المحذوف : كان المشروع التهيدى للتأمين المدني ينص ،

في المادة ١٥١٠ منه ، على ما يأتي :

« ١ - لا ينقضى الرهن الرسمي بالتقادم ، مستقلاً عن الدين المضمون » .

« ٢ - ومع ذلك ، إذا انتقل العتار المرهون إلى حائز . فإن حق الرهن بالنسبة له يستقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه في خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بإندار الحائز بالدفع أو بالتخلى »^(١) .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، أقرته تحت رقم ١١٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٣ ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٧ . ثم أقرح بعض مستشاري محكمة النقض حذف الفقرة الثانية من المادة ، لما وجه من نقد إلى نظيرها في القانون الفرنسي (م ٢١٨٠ من القانون المدني الفرنسي) . ورأت لجنة مجلس الشيوخ أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضاً ، ومن ثم حذفت لجنة مجلس الشيوخ المادة بفقرتها اكتفاء بالقواعد العامة »^(٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى ، في خصوص هذه المادة ، ما يأتي :

« لا ينقضى حق الرهن بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون ، ما دام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ - ص ١٥٠ في الهامش .

العقار المرهون في ملكية الراهن ، إذ الراهن لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط للرهن إلا تبعاً للتقادم المسقط للدين . ولكن إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإنه يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم ، لأن الحائز لم يكفل الدين . وتسقط دعوى الرهن بالتقادم مستقلة عن دعوى الدين ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن في مدة خمس عشرة سنة من وقت حلول الدين أو من وقت تمكنه من رفع الدعوى إذا كان هناك سبب يقف سريان المدة . ويتقطع التقادم بإصدار الحائز بالدفع أو التخلية ، لأن هذا الإنذار بالنسبة للحائز له قوة التنبيه بالنسبة للمدين ، وكلاهما يقطع المدة . لذلك يمكن سقوط الرهن بالتقادم دون سقوط الدين ، ويكفي في ذلك أن ينبه الدائن على المدين فيقطع التقادم بالنسبة للدين ، ولا ينذر الحائز فيسرى التقادم (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في دواورها الجمعية ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧) . ولا يعترض على هذا الحكم بأن الدائن المرتهن ، إذا رأى الرهن مهدداً بالضيق بعد أن انتقل العقار إلى الحائز ، يكون شديد الوطأة على المدين فلا يقبل أن يتفق معه على تسوية تستغرق مدة طويلة خوفاً من ضيق الرهن بالتقادم في يد الحائز ، فإن أمام الدائن المرتهن خمس عشرة سنة قبل أن يسقط الرهن ، وهي مدة طويلة يستطيع أيضاً أن يجددها إذا قطع التقادم بإصدار الحائز . هذا إلى أن للحائز حقاً في أن يسقط الرهن بالتقادم كما يسقط أي حق آخر ، فإذا كفل الحكم له ذلك دون أن يخل بمصلحة الدائن ، فإن هذا الحكم لا شك عادل (١) .

٣٩٥ - أصل المسألة : وأصل المسألة أن حكم زوال الرهن الرسمي

في يد الحائز ورد في المادة ٢١٨٠ (٤) والفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي ، وطبقها المحاكم الفرنسية كما تطبق أي نص آخر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ في الهامش .

وشرح الفقهاء الفرنسيون النص ، دون أن يبدو اعتراضاً عليه^(١).

٣٩٦ - الحاز في القانون المصري : ولم ينقل التقنين المدني المصري

القديم المادة ٢١٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .

فاختلف القضاء في مصر .

فقررت محكمة الاستئناف المختلطة^(٢) أن حق الرهن الرسمي ، ككل حق آخر ، ينقضي بالتقادم ، وأخذت المحكمة بكل أحكام المادة ٢١٨٠ مدني فرنسي .

وطرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجمعة ، فتتست^(٣) بأن الرهن الرسمي المقرر على عقار تحت يد احائز لا ينقضي بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي يفسنه ، أي أنها أخذت بعكس المبدأ الذي قرره المادة ٢١٨٠ مدني فرنسي .

٣٩٧ - رأى أكثر الفقهاء في مصر عدم انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم

مستقلاً عن الدين : وأكثر فقهاء مصر يذهبون إلى أنه لا يجوز انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم مستقلاً عن الدين ، وإلى أن المادة ٢١٨٠ من التقنين المدني الفرنسي لم تنقل إلى التقنين المدني المصري القديم . أما في التقنين المدني المصري الجديد ، فبعد أن حذف النص الذي كان يقضي بانقضاء الرهن

(١) دلايول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٤٠٢٨ - فقرة ٤٠٣١ - كولان وكايبان ٢ فقرة ١٩٢٦ - فقرة ١٩٢٣ (ويعترض في الفقرة الأخيرة ١٩٢٢) - جويران ٢ فقرة ١٩٥٧ - فقرة ١٩٦١ - دلايول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٣٢٦ - فقرة ١٣٤٠ (ويعترض اعتراضاً خفيفاً في الفقرة الأخيرة ١٣٤٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ - دبرابر سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٣ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٢٠ يولييه سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٦٥ .

(٣) استئناف مختلط (دوائر مجمعة) ١٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ .

لرسمى بصفة أصلية مستقلاً عن الدين ، فانه لا محل للعمل به بعد حذفه^(١).
وقد جاء في حكم محكمة الاستئناف المختلطة (دوائر مجتمعة) ما يأتي :

« وبما أنه يؤخذ من الاعتبارات المتقدمة أن الشارع المختلط لم ينقل نص المادة ٢١٨٠ من القانون المدني الفرنسي ، لأنه من جهة رأى عدم فائدة ذكر أسباب أخرى لانقضاء حقوق الامتياز والرهون الرسمية غير التقادم إذ أن هذه الأسباب ما هي إلا تطبيق للمبادئ القانونية العامة ، ورأى من الجهة الأخرى ألا يدخل في تشريعه التقادم المنصوص عليه في تلك المادة لسببين : أولهما ضرورة تأمين الثقة المالية العقارية في البلد تأميناً تاماً ، والثاني ما عليه مدد التقادم في القانون المختلط من القصر المتناهي »^(٢).

ويقول أحد الفقهاء المصريين^(٣) : « تقدم أن الأمر عرض على القضاء ، بسبب اختلاف نص المادة ٧٦ أهلى عن نص المادة ١٠٢ مختلط التي كانت تقابلها ، فقررت محكمة النقض أن الرهن الرسمي ، كما أنه لا يمكن أن ينقضى بعدم الاستعمال أى من طريق التقادم المسقط ، لا يمكن كذلك أن ينتقل من المرتهن إلى غيره من طريق التقادم المكسب ، لأنه باعتباره حقاً تبعياً لا يتصور له وجود إلا ضماناً للدين ، ولأن الديون لا تكسب بوضع اليد . وأكدت (محكمة النقض) أن الرهن المحفوظ وفقاً للقانون لا يمكن أن يسقط بمضي المدة استقلالاً عن الدين المضمون^(٤) . وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ٨ مارس سنة ١٩٥٦ ، في قضية كان يسرى عليها التقنين القديم^(٥) .

(١) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٧ .

(٢) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٧ في آخرها .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٩٣ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٠ ص ٣٨٦ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عتار مردون المدعى الطويلة

أما سائر الفقهاء في مصر ، فتراهم من رأى واحد ، ويذهبون إلى القول بأن الرهن لا يتقادم ، وهو في يد الحائز وحده ، دون الدين المضمون به .

وبحسبنا هنا أن نشير ، في الحاشية ، إلى طائفة من هؤلاء الفقهاء ، وذلك غير الفقيهين اللذين سبق لنا أن أوردنا أقوالهما ، وغير ما أوردناه من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المحترمة وقضاء محكمة النقض^(١) .

٣٩٨ - لا يزال الباب مفتوحاً : وبالرغم من أن المادة ١٥١٠ من المشروع التمهيدى قد أضعف حذفها الرأى الذى يقول بأن الرهن الرسمى فى يد الحائز يزول بالتقادم ، إلا أن الباب لا زال مفتوحاً للمراجعة . ويؤيد هذا الرأى الذى كان مكتوباً فى مشروع التقنين المدنى المصرى ثم حذف ، ما جاء فى الأعمال التحضيرية وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأنه . وقد نقلنا ذلك كله فيما تقدم .

المكسبة للملكية ، فإن تمكنه للمقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية المقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك المقار المدة الطويلة يكسب ملكية المقار وملكىة الرهن ، إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدنى من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ضمن ذلك المقار فى أى يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقض إلا بانقضائه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) .

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٦ - شفيق شحاته فقرة ٣٢٥ ص ٢٨٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٢ - محمد على إمام فقرة ٢٩٠ ص ٤١١ - جمال الدين زكى ص ٤٢٣ - أحمد سلامة فقرة ١٣٨ ص ٤٥٠ - سمير تناخر فقرة ٦٨ ص ٢٠٦ ص ٢٠٧ .

الباب الثاني

حق الاختصاص

تنفيذ

٣٩٩ - ما هو الاختصاص : حق الاختصاص (droit d'affectation) ، أو اختصاص الدائن بعقارات مدينه ، هو حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن ، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين ، على عقار أو أكثر من عقارات المدين . ويستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه في الدين ، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون .

فحق الاختصاص إذن يشبه حق الرهن الرسمي من حيث الآثار ، ويختلف عنه من حيث النشوء ، فحق الرهن الرسمي ينشأ من العقد ، أما حق الاختصاص فينشأ ، بناء على حكم قضائي واجب التنفيذ ، من إذن صادر من رئيس المحكمة .

٤٠٠ - ما هو الاختصاص من الإجراءات التحفظية : وحق الاختصاص من الإجراءات التحفظية ، يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له . وقد قضت الدوائر المحترمة لمحكمة الاستئناف المختلطة^(١) بأن السند المنشئ

(١) ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٧ - وانظر استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩ - ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨١ .

لحق الاختصاص هو الحكم الملزم بالمدين ، لا أمر من رئيس المحكمة ، وهذا الأمر ليس إلا استعمالاً لهذا الحق تحت رقابة القاضي . والصحيح أن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الأمر الصادر من رئيس المحكمة بتقرير حق الاختصاص . إذ أن هذا الأمر هو الذي يقرر للدائن حق الاختصاص ويمن الأموال التي يرد عليها هذا الحق ، وهو الذي يجب أن يقيد لنفاذ الاختصاص في حق الغير^(١) . والمسلم به أنه لا يجوز قيد الاختصاص بموجب الحكم الملزم بالدين بل لا بد في ذلك من استصدار أمر القاضي بالاختصاص^(٢) .

٤٠١ - تاريخ حق الاختصاص : وجد حق الاختصاص أولاً في

القانون الوطني . أما القانون المختلط فكان فيه حق الرهن القضائي (م ٢١٢٣ مدني فرنسي) .

ولم يكن القانون المدني المختلط عند صدوره ينص على حق الاختصاص ، بل كان ينص على حق الرهن القضائي على مثال القانون المدني الفرنسي . فكانت المادة ٦٨٢ مدني مختلط تقضي بأن الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على كل حكم صادر من المحاكم المصرية أو من محاكم القنصليات بالقطر المصري ، لصالح من صدر له الحكم المذكور . وكان هذا الرهن عاماً ، على جميع عقارات المدين الحالة والمستقبلية .

ولما صدر التقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ ، استعاض من الرهن القضائي بحق الاختصاص . وعلق الحصول على حق الاختصاص على إذن

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٩ .

(٢) شفيق شحاتة ٣ ص ١٥٢ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ١٩٤ ص ٢٨٩

رئيس المحكمة ، وقصر على عقار أو عقارات معينة يعينها رئيس المحكمة في إذنه .

وفي ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ عدل التقنين المدني المختلط ، وحل فيه حق الاختصاص محل الرهن القضائي (١).

٤٠٢ - هو الاختصاص وهو الرهن القضائي : حق الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على كل حكم قضائي لمن صدر لمصلحته هذا الحكم ، ويرد على جميع عقارات المحكوم ضده الحالة والمستقبل . أما حق الاختصاص فإنه لا ينشأ بقوة القانون ، بل لا بد من إذن رئيس المحكمة ، ويكون خاصاً بعقار أو عقارات معينة .

٤٠٣ - مزاي هو الاختصاص وعيوبه : ومن مزايا حق الاختصاص ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بحماية الدائن الذي حصل على هذه الأحكام ، أكثر مما تحميه الدعوى البولصية . فيكون له حق التقدم وحق التبع ، ويعنى من إثبات غش المدين ، فيقنع الدائن بذلك ولا يسارع إلى تنفيذ الحكم .

ولكن يترتب على حق الاختصاص تفضيل بعض الدائنين على بعض آخر ، ولا يترتب هذا التفضيل على إرادة المتعاقد كما في الرهن ، ولا على صفة في الدين كما في حق الامتياز ، بل على سرعة الحصول على حكم واجب التنفيذ . وحق الاختصاص قد يحجف بالمدين لأن عقاراته بتقرر عليها رهن قد لا يوافق عليه ، وقد يتسابق دائنوه للحصول على حق الاختصاص مما يزيد المصروفات عليه (٢) .

(١) وقد أسل دكرينو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ المواد ٧٢١ - ٧٢٦ مدني مختلط محل المواد ٦٨١ - ٦٨٢ مدني مختلط محل المواد ٦٨١ - ٦٨٢ مدني مختلط .

(٢) انظر جرائمولا ٥٧١ - ٧٥ : - محمد كامل مرسى ٢٢٢ - ٢٢٢ .

٤٠٤ — اختصاص لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ : وأهم تعديل أدخل على حق الاختصاص هو جعله لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ .
فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥١١ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي :

« يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعي أن يحصل على حق اختصاص سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً » (١) .

فعدل هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ . وصار كالآتي :
« يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه . . . » (م ١/١٠٨٥ مدني) .
وسأتي فيما بعد لتفصيل ذلك .

٤٠٥ — نظرة عامة على المذكرة الإيضاحية : وبعد هذا التعديل الهام . نأتي بنظرة عامة في حق الاختصاص وردت في المذكرة الإيضاحية ، فقد ورد في هذه المذكرة ما يأتي :

١ - عيوب التقنين الحالي (السابق) في حق الاختصاص كثيرة ، أهمها ، من ناحية الشكل ، أن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص مبعثرة بين التقنين المدني وتقنين المرافعات . ومن ناحية الموضوع . أن هذا التقنين ولو أنه تجنب عيوب الرهن القضائي المعروف في القانون الفرنسي ، فجعل حق الاختصاص لا يترتب من تلقاء نفسه بل لا بد فيه من أمر القاضي ، ولا يترتب على جميع عقارات المدين بل لا بد من تخصيص عقارات معينة بالذات ، إلا أنه لا يزال واقعاً في عيبين جوهريين .

(أ) فلا يزال حق الاختصاص سبباً لإيثار دائن على دائن دون مبرر ،

بل قد يكون الأسبق من الدائنين إلى أخذ الاختصاص هو الدائن المتعنت ، وقد تكون الصدقة وحدها هي التي جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر فيسبق إلى أخذ الاختصاص .

(ب) ولا يزال حق الاختصاص سبب غنت للمدين . فقد يؤخذ في غيبته على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين . ولا وسيلة للخلاص من هذا الغنت إلا الطريق المعتاد البطيء . ثم إذا كان هو في أول الأمر متناسباً مع الدين ، فقد يختل هذا التناسب في المستقبل . إما بزيادة قيمة العقار أو بنقص مبلغ الدين ، فيبقى العقار مثقلاً بحق لم يكن للمدين يد في ترتيبه ، فتنقضي قيمة العقار عند التعامل .

« ٢ - عالج المشروع كل هذه العيوب . فلم يبق لحق الاختصاص بعد ذلك إلا مزاياه . فهو يعطى للدائن حسن النية ، الذي يخشى من تصرفات المدين ، ضماناً يطمئن إليه ويستطيع معه أن ينظر المدين إلى أجل في الوفاء ، بما يعود بالفائدة على كل منهما ولا ضرر على سائر الدائنين . وبذلك ينحسم النزاع الذي يقع كثيراً عندما يثار البحث فيما إذا كان الأولى إبقاء حق الاختصاص أو حذفه ، فمن الخير أن يبقى هذا الحق ، ولكن معدلاً على الوجه الذي أتى به المشروع . وتتلخص هذه التعديلات فيما يأتي : » .

« ٣ - جمع المشروع كل النصوص المتعلقة بحق الاختصاص في مكان واحد ، سواء ما تعلق منها بأصل الحق أو ما كان منظماً لإجراءاته ، ورتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً على غرار الرهن الرسمي . فذكر في الفصل الأول كيف ينشأ هذا الحق ، وعرض في ذلك للأحكام التي يؤخذ بمقتضاها ، وللأموال التي يرتب عليها ، وللإجراءات التي يجب اتباعها . وبسط في الفصل الثاني آثار الحق ، فبين ما يسرى عليه من أحكام الرهن الرسمي وما لا يسرى . وعرض في الفصل الثالث لإنقاص الحق وانقضائه ،

والإلتصاف شيء جديد أتى به المشروع لنقلنا عن التقنين الإيطالي .

٤ - وعنى المشروع من الناحية الموضوعية بأمرين : فقد أوضح مسائل هي الآن غامضة في التقنين الحالي (السابق) متناً في ذلك المبادئ التي استقر القضاء المصري عليها في هذه المسائل . وعالج العيين الجوهريين اللذين سبقت الإشارة إليهما من حيث أن حق الاختصاص سبب لإثارة دائن على آخر دون مبرر ومن حيث أنه سبب لعنت المدين .

فالمسائل التي أوضحها المشروع يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

(أ) بين أن الدائن الذي يريد الحصول على حق اختصاص يجب أن يكون حسن النية . . . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣٩) .

(ب) وضع أن الحكم الذي يؤخذ به حق الاختصاص يجب أن يكون حكماً موضوعياً يلزم المدين بشيء معين . . . وذكر متى يمكن أخذ حق الاختصاص بمقتضى أحكام أجنبية وتمتضي قرارات التحكيم . . . وحسم النزاع الذي يثار عادة فيما يتعلق بالأحكام التي تثبت صلاحاً وبالأحكام التي تصدر في دعوى تحقيق الخطوط بصحة التوقيع . وبالأحكام التي تلزم بتقديم حساب

(ج) عالج عيباً في الإجراءات كان ضاراً بالدائن في التقنين الأهلي . فإن هذا التقنين لا يزال يتطلب أن تكون المريضة التي يتقدم بها الدائن لأجل الاختصاص مصحوبة بصورة من الحكم . وقد لا يحصل الدائن على هذه الصورة إلا بعد مدة طويلة ، فلا يمكن من أخذ الاختصاص في الوقت المناسب . وقد أخذ المشروع بما نص عليه التقنين المختلط . . . من أن تقديم صورة الحكم ليس ضرورياً ، ويغنى عنه تقديم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم .

٥١ - وعالج المشروع العيين الجوهريين في حق الاختصاص على النحو الآتي :

أولاً - منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لإيثار دائن على آخر دون مبرر ، سواء أكان ذلك بعد وفاة المدين ، أم كان قبل وفاته وبعد إعساره حال حياته . فثما يتعلق بحالة الوفاة نص المشروع على أنه لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص بعقار في التركة . وذلك تقنياً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء في هذا الشأن تفريعاً على مبدأ : لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما فيما يتعلق بحالة إعسار المدين في حياته . فقد اكتفى المشروع بما نص عليه في باب الإعسار من أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأن اختصاصاً يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل

ثانياً - منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لعنت المدين بالوسيلتين الآتيتين :

(أ) حال دون أن يأخذ المدين من مبدأ الأمر حق اختصاص على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين ، بأن ألزم الدائن أن يقدم أوراقاً تثبت قيمة العقارات التي يريد أن يختص بها وأنها مملوكة للمدين وأوجب على قلم الكتاب أن يوثق بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة التي تقوم مقامها ، وعلى كل صورة أو شهادة أخرى تسلم للدائن حتى يتعذر على الدائن بذلك أن يحصل على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات تقع في دوائر هذه المحاكم ، دون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما أعطته المحاكم الأخرى من ذلك . وفرض المشروع بعد كل هذا أن القاضي ، رغماً من هذه الاحتياطات ، قد يخطئ فيعطى اختصاصاً على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فنظم طريقة لنظم المدين

بأن أوجب على قلم الكتاب إعلانه في نفس اليوم الذي يفيد فيه حق الاختصاص حتى يتمكن من التنظيم بطريقة مختصرة سريعة . . .

(ب) حال دون أن يستبقى الدائن حق اختصاص كان في مبدأ الأمر متناسباً مع المدين ، ثم اختل التناسب بعد ذلك . لنقص في مبلغ الدين أو لزيادة في قيمة العقار . فنظم إجراءات يستطيع المدين بمقتضاها أن يطالب بإنقاص حق الاختصاص ، إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان المستحق من الدين « (١) .

٤٠٦ — تقسيم الموضوع : ونعالج حق الاختصاص في فصول ثلاثة :

(الفصل الأول) إنشاء حق الاختصاص .

(الفصل الثاني) آثار حق الاختصاص .

(الفصل الثالث) إنقاص حق الاختصاص وانقضائه .

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

٤٠٧ — النظام الموضوعية والإجراءات : في هذا الفصل الأول ،

نورد أهم أحكام حق الاختصاص ، ولذلك يعتبر هذا الفصل أهم فصول حق الاختصاص .

ونقسمه إلى فرعين :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ — ص ١٥٥ .

(الفرع الأول) الأحكام الموضوعية .

(الفرع الثاني) الإجراءات .

الفرع الأول

الأحكام الموضوعية

٤٠٨ - المحكوم له أو الدائن حسن النية هو الذي يتقرر له من

الاعتصاص : ولما كان حق الاعتصاص حقاً عينياً تبييناً ، كالرهن وحق الامتياز ، فلا بد له من صاحب . ولما كان حق الاعتصاص لا يؤخذ إلا بحكم كما سرى . فالخصم المحكوم له في هذا الحكم هو الذي يتقرر في صالحه حق الاعتصاص ضماناً لتنفيذ الحكم ، ويتقرر ضد الخصم الذي حكم عليه ، وهذا واضح .

ويؤخذ حق الاعتصاص ضماناً للمحكوم به ، وهو أصل الدين والفوائد والمصروفات .

وتقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٥ مدني إنه « يجوز لكل دائن . . . أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اعتصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات » .

فيشترط إذن في المحكوم له ، أو الدائن ، أن يكون حسن النية^(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في هذا الخصوص ، ما يأتى : « ويشترط لأخذ حق الاعتصاص أن يكون الدائن حسن النية ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب اعتصاص الاحتجاج بسبق اختصاصه إلا إذا كان حسن النية (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٦ المجموعة في ٢٥ هاماس ٢٩٤) .

فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص وهو عالم ببيعه ،
وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينقذ في حق
المشتري « (١) » .

وجاء في حكم لمحكمة النقض (٢) ما يأتي : « الدائن الذي أخفى عن رئيس
المحكمة أن العقار الذي أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرفي ثابت
التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه في الدين . وذكر في عريضته
أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر
بالاختصاص . وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار
ما يجب عليه ذكره صدقاً . هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملاً إيجابياً منظوياً
على سوء النية يجعل الاختصاص الصادر له منظوياً على سوء النية ، فلا يمكن
اعتبار تسجيله سارياً في مواجهة المشتري من المدين » .

وهناك مثل آخر لدائن حصل على حق اختصاص بسوء نية : مدين
حكم عليه بالدين وله عقار واحد . وقبل الحكم بالدين رهن العقار رهناً
رسمياً إلى دائن مرتين حسن النية . وقبل أن يقيد هذا الدائن رهنه وبعد
الحكم بالدين ، تواطأ المحكوم عليه بالدين مع المحكوم له ودفع الأول الثاني
إلى الحصول على حق اختصاص وقيد هذا الحق قبل الرهن الرسمي ، والدائن
صاحب الاختصاص يعلم بحقيقة الأمر وبأن العقار مرهون . هنا يكون
الدائن صاحب حق الاختصاص سيئ النية . ولا يكون حق اختصاصه نافذاً
في مواجهة الدائن المرتين رهناً رسمياً .

فيمكن القول إذن بأن الدائن صاحب حق الاختصاص ينتفي حسن
نيته إذا طلب اختصاصاً على عقار مملوك للمدين وهو يعلم تعلق حق الغير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٤ .

(٢) نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٢١ .

به ، حتى لو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط اللازمة للاحتجاج به على الغير .

والأصل هو حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه .
ويكفى أن يثبت أن الدائن صاحب الاختصاص كان يعلم بسبق تصرف المدين في العقار ببيع أو رهن . فيكفى في المثل السابق أن يثبت الدائن المرتهن رهنًا رسميًا أن الدائن صاحب الاختصاص ، كان يعلم ، قبل أخذه حق الاختصاص ، أن مدينه رهن العقار رهنًا رسميًا (١) .

ونظر بعد ذلك في : (١) الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص .
(٢) والأموال التي يؤخذ عليها حق الاختصاص .

المبحث الأول

الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص

٤٠٩ - نصوص قانونية : تنص المادة ١٠٨٥ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٩١ - محمد علي إمام فقرة ٢٩٧ - سليمان مرقس فقرة ١٩٩ - شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٨ - ويقول الأستاذ سمير تناغر : « أما إذا كان الدائن صاحب الاختصاص يعلم أن العقار المملوك للمدين قد بيع من قبل بمقد غير مسجل ، فلا يمنعه هذا من التنفيذ عليه ويعتبر تنبيه نزع الملكية مانعًا للاحتجاج المشتري بالبيع بعد ذلك ، ولا يمنعه ذلك بالتالي من الحصول على اختصاص على العقار ، والاختصاص أقل من نزع الملكية . ولذلك فيكون المقصود بحسن النية هو عدم صدور غش من الدائن ، على أساس أن النشر يفيد كل شيء : ففرض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ فقرة ١٦٩ ص ١١٢٧ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٢ ص ٤٢٧ » (سمير تناغر فقرة ٧١ ص ٢١٩) .

الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه . ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات .
 « ٢ - ولا يجوز للدائن . بعد موت المدين . أخذ اختصاص على عقار في التركة » .

وتنص المادة ١٠٨٦ مدني على ما يأتي :

« لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمين . إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ » .

وتنص المادة ١٠٨٧ مدني على ما يأتي :

« يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلاحاً أو اتفاقاً ثم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع » (١) .

(١) تاريخ اللصوص :

م ١٠٨٥ : ورد هذا النص في المادة ١٥١١ من المشروع المهيكل على الوجه الآتي :
 « ١ - يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعي يلزم المدين بشيء معين ، إذا كان حسن النية ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً . ٢ - ومع ذلك إذا أخذ حق الاختصاص بمنتهى حكم غيابي ، فإنه يسقط بسقوط هذا الحكم » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « ١ - يجوز لكل دائن بيده حكم صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً . ٢ - ولا يجوز ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة » . وأصبح رقم المادة ١١٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٧٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ طلب أحد الأعضاء أن يبدل باعتراض على حق الاختصاص ، فقال إن هذا الحق يمتلئ للدائن مادي ، تعجل استصدار حكم ، حق التقدم وحق التمتع على كثيرين من الدائنين العاديين والمرتهنين الذين يفقدون حقوقهم بعده . وصدور الحكم من اختصاص القضاء ، ولا دخل للدائن أو المدين فيه . =

= وفقدنا عن هذا فإن حق الأولوية والتتبع ليس منشؤه اتفاقاً أو عملاً خاصاً ، ولذلك فإن هناك كثيرين ينادون بأنه حق من الحقوق التي لا أساس لها . ولذلك فإنه بفتح إلغاء هذا الحق ويكون مرجع الأولوية إلى الاتفاق أو القانون ، وإذا روى استبعاؤه فليكن حقاً ينتفع به الدائنون بخيمه الثابتة حقوقهم قبل صدور الحكم ، ويعتبر الدائن الذي يأخذ حق اختصاص أنه يعمل لنفسه ولغيره ولا يمكن القول إن هذا الحق للدائن هو بسبب نشاطه في مبادرته في الاتجاه إلى انقضاء ، لأن صدور الأحكام لا يرتبط دائماً بالمبادرة إلى رفع الدعوى قبل غيره ، فقد يكون هو السابق ويكون تأخير الحكم راجعاً إلى تأخير الدعوى وتاريخ صدور الحكم فيها . فقالت الحكومة إن هذا الرأي له وجاهته ، وعلاج هذه الحالة هو تحريم أخذ حق اختصاص على المدين المعسر كما هو الشأن في تحريره بعد موت المدين . وقد استقر الرأي على عرض هذه الآراء على عرض هذه الآراء على اللجنة في الاجتماع القادم ، لإقرار مبدأ حق الاختصاص .

رابعة ذلك أضافت اللجنة عبارة : واجب التنفيذ بعد كلمة : حكم في الفقرة الأولى . . . لأن من يحصل على حق الاختصاص بحكم واجب التنفيذ قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص دلي حقه . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، تحت رقم ١٠٨٥ (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ١٥٦ - ص ١٦٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٩٥ / ٧٢١ : يجوز لكل دائن يديه حكم صادر بمواجهة الخصام أو في ذمة أحدهم ، سواء كان ابتدائياً أو انتهائياً ، أن يتحصل على اختصاصه بمقتارات مدينه ، تأمينا على أصل دينه وفوائده والمصاريف ، بشرط مراعاة واستيفاء الإجراءات المبينة في قانون المرافعات .

م ١٠٨٦ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٢ من المشروع التمهيدى . وعطلته لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ١١٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦١ - ص ١٦٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٣ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : ٢ - حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يضمنه حق الاختصاص لتتضاء ، يحكم فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٢ - ص ١٦٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في شأن هذه النصوص ، ما يأتي :

« ١ - يؤخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم موضوعي ملزم بشيء معين ، فخرجت الأحكام التحضيرية ، والتمهيدية ، والأحكام الموضوعية غير الملزمة بشيء معين كالحكم برفض الدعوى ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة أجنبية إذا وضع عليه أمر التنفيذ (exequatur) ، كما يجوز أخذه بمقتضى قرار صادر من المحكمين متى وضع على التمرار أمر التنفيذ من المحكمة . والاختصاص المأخوذ بناء على حكم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب تنفيذ الحكم ، لا ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد الحساب » .

« ٢ - ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ، ولو كان رسمياً . أما الحكم الذي يثبت صلاحاً فهو يراوح بين الحكم والسند الرسمي . ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلاً لمطار ، فقتطع المشروع الشك في هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه ، مجازياً في ذات التنفيذ . المصرى . ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين . بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم » (١) .

ويؤخذ من ذلك أن الدائن ، حتى يحصل على اختصاص ، يجب أن يكون بيده :

- ١ - حكم قضائي .
- ٢ - حكم صادر من محكمة أجنبية .
- ٣ - قرار صادر من محكمين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ .

- ٤ - حكم يثبت صاحباً أو اتفاقاً تم بين الخصوم .
- ٥ - لا حكم صادر بصحة التوقيع .
- ٦ - أن يكون الحكم واجب التنفيذ .
- ٧ - صادراً في موضوع الدعوى .
- ٨ - ملزماً المدين بشيء معين .
- ٩ - لا اختصاص بعد وفاة المدين .
- ١٠ - عدم نفاذ الاختصاص في حق الدائن السابق دونه على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

١٥ - حكم قضائي

- ٤١٠ - لا يؤخذ من الاختصاص بمنزلة ولو رسمي : فلا بد ، لأخذ حق اختصاص ، من حكم قضائي . فالسند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لا يؤخذ به حق اختصاص . ذلك أن السند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لم يكن محلاً للبحث أمام القضاء . فهو غير متوافرة فيه الضمانات المتوافرة في المسائل التي يبت فيها القضاء ويقرها^(١) .
- والسند ، ولو كان رسمياً ، يصلح كوثيقة للتنفيذ على المدين ، ولكن لا يجوز تقرير حق اختصاص بموجبه ، والقول بغير ذلك يهيئ لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق أن يحصل على حق اختصاص دون مبرر^(٢) .

(١) طنطا الابتدائية ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٢١٢ - وبع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع الذي له سند تنفيذي لا يقبل منه الحصول على اختصاص على عقار للمشتري إذا لم يقدم الدليل على أن الأموال المحملة بحق امتياز أصبحت بسبب نقص قيمتها غير كافية لضمان دينه ، وخصوصاً إذا كان قد تدلم جزءاً كبيراً من ثمن المبيع (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٤) .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ - وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٦ - سليمان مرفس فقرة ٢٠١ - سمير فنانغر فقرة ٧١ ص ٢١٦ .

٤١١ - لا يؤخذ من الاختصاص بناء على أمر وراثي من المحكم:

كذلك لا يجوز أخذ حق اختصاص بناء على أمر وراثي . أصدرته المحكمة بموجب سلطتها الولاية (jurisdiction grascicuse) (١).

٤١٢ - يؤخذ من الاختصاص بموجب حكم صادر من جهة قضائية:

وإنما يؤخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من جهة قضائية . بموجب سلطتها القضائية (jurisdiction contenticuse) .

فيجب أن يكون هناك نزاع مطروح أمام المحكمة . تنصل فيه بموجب سلطتها القضائية . فتصدر حكماً هو الذي يؤخذ بموجبه حق الاختصاص . وهذا هو الحكم القضائي (٢) .

ولا يهم بعد ذلك نوع المحكمة التي أصدرت الحكم . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو جنائية (٣) ، وقد تكون محكمة شرعية أو ملية عند ما كانت هذه المحاكم موجودة ، بل قد تكون محكمة قنصلية عند وجود المحاكم القنصلية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز الحصول على

= وقد قضى بأن الدائن ، إذ أراد الحصول على اختصاص ، يجب عليه أولاً الحصول على حكم بالدين ، ثم يحصل على أمر بالاختصاص بناء على هذا الحكم (استئناف مخطط ٣ مارس سنة ٤٨ م ١٧١) .

(١) محمد كامل مرمي فقرة ٢٣٥ ص ٣١٢ - سليمان مرقس فقرة ٢٠١ ص ٣٠٦ .

(٢) يؤخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بتقديم حساب (استئناف مخطط ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣١) .

(٣) وإذا صدر الحكم من محكمة جنائية ، كان حق الاختصاص خاصاً بالتعويض المدني ، والمصروفات المحكوم بها للحكومة (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٣ ص ٩٢٥ - استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧) - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٧٥ - دي هتس ١٠ - جرانمولان ٥٨٤ - محمد كامل مرمي ٢٣٩ .

حق اختصاص بموجب حكم صادر في مصر من محكمة قضائية في حدود اختصاصها ، كالحكم بالنفقة ، لأن المشرع المصري هو الذي ورع الاختصاص على هذه المحاكم ، ولأن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص جاءت مطلقة دون تفرقة (١) .

§ ٢ - حكم صادر من محكمة أجنبية

٤١٣ - يجوز أخذ من اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية :

رأينا (٢) أن المادة ١٠٨٦ مدني تنص على أنه « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ » .

إذن يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، بموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولاية

ويشترط في الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وصادراً في موضوع الدعوى ، وملزماً للمدين بشيء معبر . وذلك كالأحكام المصرية

فالحكم الصادر من محاكم السودان أو محاكم أي بلد عرني آخر . حكم يجوز أخذ اختصاص بموجبه إذا توافرت الشروط المطلوبة . وبوجه خاص إذا تم الحصول على أمر بالتنفيذ كما سيأتي .

٤١٤ - لا بد للحكم الأجنبي من الحصول على أمر بالتنفيذ : والذي

يميز الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية عن الأحكام المصرية . هو أن الأحكام الأجنبية لا بد ، قبل أن تكون صالحة لأن يطلب بموجبها الحصول

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٤٤٩

(٢) أنه فقره ٤٠٩

على حق اختصاص ، من أن تحصل على أمر بالتنفيذ (exequatur) ، وهذا الأمر هو ما يجب أن يحصل الحكم الأجنبي عليه حتى يكون نافذاً وسارياً في مصر .

والرأى الراجح في القانون الدولي الخاص أنه لا يجوز ترتيب حق اختصاص بناء على حكم أجنبي لا يجوز قانون القاضى الذى أصدره أخذ حق اختصاص بموجبه . فيشترط . تطبيقاً لذلك ، لتقرير حق اختصاص على عقار في مصر بموجب حكم أجنبي . أن يكون قانون القاضى الذى أصدر الحكم يعترف بنظام حق الاختصاص^(١) .

§ ٣ - قرارات المحكمين

٤١٥ - يجوز أخذ حق اختصاص بناء على قرار صادر من محكمين : رأينا أيضاً^(٢) أن المادة ١٠٨٦ مدنى تنص على أنه « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على قرار صادر من محكمين . إلا إذا أصبح القرار واجب التنفيذ » .

فالقرار الصادر من المحكمين ، كالحكم الصادر من محكمة أجنبية ، يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص .

٤١٦ - لا بد في قرار المحكمين أنه يصبح القرار واجب التنفيذ : وحتى يمكن الحصول على حق اختصاص بموجب قرار صادر من محكمين ، لا بد أن يكون القرار ، كما تقول المادة ١٠٨٦ مدنى ، واجب التنفيذ .

(١) بيدان وفواران ١٤ فقرة ٣٥٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٥٨٩ .
لهودبير وريجونيير الموجز في القانون الدولي الخاص فقرة ٣٥٤ - عز الدين عبد الله في قانون الدول الخاص ٢ فقرة ١٢٠ وما بعدها - شمس الدين للوكيل فقرة ١٥٠ ص ٤٠٨ .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

فلا بد إذن أن يكون قرار المحكمين قابلاً للتنفيذ في مصر . طبقاً
لنصوص تقنين المرافعات وأحكامه .

وقد عالج تقنين المرافعات الجديد التحكيم في المواد ٥٠١ - ٥١٢ .
فنص في المادة ٥٠٩ منه على ما يأتي :

« لا يكون حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ
بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أي من ذوي الشأن ،
وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم . وبعد التثبت من أنه لا يوجد
ما يمنع من تنفيذه . ويختص القاضي المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم
المحكمين » .

٤ - حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم

٤١٧ - الحكم الذي يثبت الصلح أو الاتفاق يجوز بموجبه أخذ من

اختصاص : رأينا^(١) أن المادة ١٠٨٧ مدني تنص على ما يأتي :

« يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً
تم بين الخصوم » .

٤١٨ - حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم : والحكم الذي يثبت

صلحاً تم بين الخصوم ، أي محاضر الصلح jugements convenus ou
(d'expédient ou d'accord) ، اختلف الرأي فيه ، والرأي الراجح هو أن هذا
الحكم يعطى الحق في الحصول على حق اختصاص^(٢) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(١) جيوار فقرة ٩٠٠ - دري ودي لوان فقرة ١٢٢٩ - بلانيول وريير وبيكيه

فقرة ٥٧٤ - جرانمولان فقرة ٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - استئناف مخطط ١٨ -

وقد نص التقنين المدني الجديد (م ١٠٨٧ مدني) على جواز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم . كما رأينا ، وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى ، ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلاً للنظر . فقطع المشروع الشك فى هذه ، وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه . مجارياً فى ذلك القضاء المصرى » (١) .

٤١٩ - حكم يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم : والحكم الذى يثبت اتفاقاً

تم بين الخصوم ، كالحكم الذى يثبت صلحاً . يجوز الحصول على أمر اختصاص بموجبه . وقد نصت المادة ١٠٨٧ مدني على أنه « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت . . . اتفاقاً بين الخصوم » .

فالإعلام الشرعى الشامل لتعهد المدين بدفع مبلغ معين لدائته ، هو عقد قضائى يعتبر حكماً حقيقياً نافذاً . ويكفى للحصول على حق اختصاص (٢) .

= يوفيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥١ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ .

وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٠ ص ٧٩ : يجوز للدائن أن يحصل على حق اختصاص بموجب محضر صالح تم بين طرفى الخصوم فى دعوى وصفت عليه المحكمة . وانظر طنطا الابتدائية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٢١٢ : الأحكام الصادرة بالتصديق على صلح تشترك أيضاً مع الأحكام ، لأن العلاقة التى تتقرر بمقتضاها بين الخصوم لا يمكن الطعن عليها إلا بنفس الأسباب التى يمكن الطعن بها على الأحكام بطريق الالتماس .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ - وقد قضى بأن رأى لراجع فقها وقضاء أن الحكم الذى يقر الصلح بين طرفى الدعوى (jugement d'expédient) تجوز الاستمانة به فى طلب توقيع حق الاختصاص ، باعتبارها حكماً قضائياً (الإسكندرية الكلية ١٩ مارس سنة ١٩٤٤ بحاماة ٢٤ رقم ١٧٦ ص ٥١١) .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٨ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختصاص الدائن بعقارات مدينه يجوز طلبه بناء على كشف بالمصروفات محرر من المحكمة الشرعية بشكل تنفيذى عقب إعلام شرعى صادر منها . وكل معارضة فى تقرير هذه المصروفات يكون النظر فيها من اختصاص القاضى الشرعى لا من اختصاص المحكمة المختلطة ، التى ليس لها سوى أن تبحث ما إذا كان طالب الاختصاص بيده حكم أم لا (١) .

وبوجه عام ، الحكم الذى يصدق على أى اتفاق يتم بين الخصوم ، كإثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء ، يجوز بموجبه الحصول على حق اختصاص (٢) .

٥ - الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٠ - النص القانونى والذكرة الإيضاحية : رأينا (٣) أن المادة ١٠٨٧ مدنى تنص على ما يأتى : « . . . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع » .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٤) : « ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن

(١) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٦٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧ .

وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٨ - سليمان مرقص فقرة ٢٠١ ص ٢٠٨ - جرانمولان فقرة ٥٨٣ - استئناف مختلط ٢ يوفيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ ص ٤٠٨ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

يُحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الحتم .

٤٢١ - الحالة في عهد التقنين المدني القديم : وقد اختلف . في عهد التقنين المدني القديم ، فيما إذا كانت الأحكام الصادرة بصحة التوقيع أو الحتم . سواء كانت صادرة بناء إقرار من الخصم أو بعد اتخاذ إجراءات التحقيق في الدعوى الأصلية لتحقيق الخطوط ، يجوز الحصول بموجبها على حق اختصاص .

وقد قضى القانون الفرنسي (م ٢١٢٣ مدني فرنسي) بتزيب الرهن القضائي على هذه الأحكام . وكانت المادة ٦٨٢ مدني مختلط تنص على مثل ذلك فيما يتعلق بالرهن القضائي قبل إلغائه . ولكن الرأي الذي رجح ، في عهد التقنين المدني القديم . أنه لا يجوز الحصول على حق اختصاص بموجب هذه الأحكام . لأنه لم يأت ص خاص بذلك . ولأن هذه الأحكام لا تلزم أحد الخصوم بشيء معين . ولا بد من استصدار حكم آخر بالدين^(١) .

٤٢٢ - الحالة في عهد التقنين المدني الجديد : وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا الرأي الراجع ، كما رأينا ، في المادة ١٠٨٧ مدني . فلا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع ، سواء باعتراف الخصم أو عقب إجراءات التحقيقات في دعوى أصلية لتحقيق الخطوط .

(١) استئناف وطني ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ رقم ٦ ص ١٨ - ٢ مايو سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٥ ص ١٥ - دي هلتس فقرة ٨ - جرانمولان فقرة ٥٨١ - عبد السلام ذهني فقرة ٢٠٣ - عبد الحميد أبو حيف في طرق التنفيذ فقرة ١٢٩٨ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ - ص ٣١٥ .

ولو أمكن الحصول على حق اختصاص بموجب هذا الحكم ، لأمكن ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما مر ، لكل دائن عادى الحصول على حق اختصاص قبل حلول الدين ، بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم^(١) .

§ ٦ - لا بد أن يكون الحكم واجب التنفيذ

حتى يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٣ - تاريخ المأنة : كان التئبين المدنى السابق لا يشترط فى

أخذ حق الاختصاص إلا بعد صدور حكم . ولو كان الحكم ابتدائياً ، بل لو كان غيبياً . وكان الاختصاص يزول إذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائى^(٢) . أو إذا ألغى الحكم الغيبى فى المعارضة أو سقط بمضى ستة أشهر من تاريخ صدوره دون أن ينفذ^(٣) .

وتقدم مشروع التئبين المدنى الجديد . محافظاً على هذا المبدأ ، لأن الاختصاص إجراء تخظى يفيد الدائن . ولا يضر المدين ما دام مصيره يتبع مصير الحكم .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ رأت ، بعد عدة جلسات وبعد أن تم الاعتراض على حق الاختصاص ذاته وأريد إلغاؤه ، أن تشترط فى الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وقالت فى تبرير ذلك : « إن الغرض منه ألا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيها بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل

(١) بيدان وفواران فقرة ٧٦٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢٩٠ - شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٨ - سلمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣١٤ - ص ٣١٥ .

(٢) استئناف مخطوط ١٨ ماي سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٨ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٥٧ ص ٩٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٨ ماي سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٠٥ .

تكون الأفضلية للدائن الذى يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه ، وأداة نيسير بالنسبة إلى المدين لأن من يحصل على حق اختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه (١) .

٤٢٤ - التقنين الحالى - يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ : وعلى

ذلك يجب ، فى التقنين الحالى ، أن يكون الحكم ، للحصول على حق اختصاص بموجبه . واجب التنفيذ .

ويكون ذلك فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الحكم انتهاياً ، بأن استندت فيه مواعيد الطعن العادية ، أو كان غير قابل للطعن بطريق عادى . فيجوز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم استئناف فأصبح نهائياً ، أو سقط حق الطعن فيه بالاستئناف . ولا يمنع الحصول على حق اختصاص جواز الطعن فى الحكم بالنقض أو بالتماس إعادة النظر . ولكن يزول حق الاختصاص إذا طعن فى الحكم بأحد هذين الطريقين وقضى بغير الطعن . ويمنع الحصول على حق اختصاص بموجب حكم ، قضت فيه محكمة النقض بوقف التنفيذ (٢) .

(الحالة الثانية) إذا كان الحكم ليس انتهاياً . ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل . على أنه إذا أُلغى هذا الحكم ، سقط حق الاختصاص .

٤٢٥ - تضارب آراء الفقهاء فى هذا التجريد : وقد تضاربت آراء

الفقهاء المصرين فى التجديد الذى يقضى بوجوب أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص ، وننقل هنا بعضاً من هذه الآراء :

(١) انظر أيضاً فقرة ٤٠٩ فى الهامش فى تاريخ نص المادة ١٠٨٥ .

(٢) انظر مكر ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣١١ هامش ١ .

قال الأستاذ سليمان مرقس^(١) : « وفي رأني أن هذا التعديل قضي على أهم مزية لحق الاختصاص ، ذلك أنه بعد أن نظم التقنين الحديد حماية دائني الشخص الذي شهر إعساره بأن جعل تصرفات هذا الشخص في أهواله غير نافذة في حق دائنيه السابقين على شهر الإعسار ، اقتضرت فائدة الاختصاص على الحالة التي لا يكون فيها المدين معسراً . وفي هذه الحالة لا تكون لمزية التقدم التي ترتب على حق الاختصاص فائدة تذكر فإذا اشترط لأخذ الاختصاص والانتفاع بمزية التبع أن يكون الحكم الذي الذي حصل عليه الدائن واجب التنفيذ . لم تعد للاختصاص أية مزية عملية ، لأن الدائن الذي يملك التنفيذ يستطيع أن يستغنى عن حق الاختصاص بالتنبيه على المدين بالوفاء وتسجيل هذا التنبيه ، فيمنع نفاذ تصرفات المدين في حقه وإنما كان الدائن يستطيع أن يجد في حق الاختصاص فائدة لا يغبه عنها شيء آخر ، لو أنه أجزأ له أخذ الاختصاص بمجرد حصوله على الحكم ، وقبل أن يصبح الحكم واجب التنفيذ » .

وقال الأستاذ شمس الدين الوكيل^(٢) : « اتجه جانب من الفقه إلى أن هذا الشرط الذي أضيف . . . قد أفقد الاختصاص مزاياه . . . ويبدو لنا أن إضافة هذا الشرط . . . تستجيب إلى الاتجاه السائد في الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية في أضيق نطاق . ونظام الاختصاص في ذاته تعرض في آخر مراحل إعداد مشروع القانون المدني لنقد كاد يفضي إلى حذفه . والواقع أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد سبق في الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سنداً معقولاً للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو نعتقد أن إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص ، فلا يحصل عليه إلا الدائن المزود بحكم واجب النفاذ ،

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ - ص ٣١٠ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤١ ص ٤١٠ - ص ٤١١ .

وهو إن منع هذا الضمان ربما كان في ذلك إغراء له على التراخي في التنفيذ على المدين «

وقال الأستاذ منصور مصطفى منصور^(١) : « ويرى مع البعض أن اللجنة قد وفقت في وضع هذا الشرط . فالواقع أن حق الاختصاص إذا نظر إليه كأداة لتأمين الدائن دور نظر إلى مصلحة المدين لا يكون له محل . فليس هناك ما يدعو إلى تفصيل دائن عادي على غيره لمجرد أنه استصدر حكماً بالمدين . ويبدو لنا أن الإثراء على حق الاختصاص لا محل له إلا إذا كان المقصود من وراء ذلك حماية المدين عن طريق تأجيل التنفيذ حتى يتيسر له الوفاء . ويكون مع الدائن الحق في أخذ الاختصاص وسيلة قد نشجعه على إرجاء التنفيذ »

وقال الأستاذ سمير تناغر^(٢) : « إن الاختصاص لم يكن الفرض منه تحقيق فائدة محضة للدائن الذي حصل على حكم . ولكن الفرض الأساسي منه هو تحقيق مصلحة المدين المحكوم عليه . وتأخير التنفيذ على ماله ، وذلك بما يرضى الدائن أيضاً عن طريق إعطائه تأمينا خاصا . فلا الاختصاص مصلحة محضة للدائن . ولا هو عديم الفائدة . ولكنه ائتمان جديد للمدين في مرحلة حرجية تسبق التنفيذ مباشرة . وتأخير حاص للدائن يضمن له التنفيذ مستقبلا »

§ ٧ - يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى

٤٢٦ - لا يؤخر اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع :

ولا يجوز أخذ حق اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع . وذلك كالأحكام التحصيرية . والأحكام التمهيدية الصادرة بالإحالة على التحقيق

(١) منصور مصطفى منصور . فقرة ١٤ ص ١٧٦

(٢) تناغر . فقرة ١٠ ص ٢٠١

أو بندب خبر أو بإجراء معاينة ، والأحكام الوقتية ، لأن كل هذه الأحكام لا تكون صادرة في موضوع الدعوى .

ويستثنى من ذلك الأحكام الوقتية إذا تضمنت إلزام المدين بدفع مبلغ معين ، أو بالقيام بعمل ، أو فرض نفقة مؤقتة ، فإنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذه الأحكام^(١) .

٤٢٧ - لا يؤخذ الاختصاص إلا بناء على حكم قطعي صادر في الموضوع الدعوى : فلا بد أن يكون الحكم حكماً قطعياً صادراً في موضوع الدعوى .

ذلك لأن الأحكام القطعية وحدها هي التي تبت في موضوع الدعوى ، وهي وحدها الصالحة للحصول على حق اختصاص بموجبها ، إلا إذا كان هناك حكم وقفي تضمن فرض نفقة أو القيام بعمل كما مر فيما سبق .

§ ٨ - يجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشيء معين

٤٢٨ - أمطام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها : وهناك أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها ، لأنها لا تلزم المدين بشيء معين .

مثل ذلك الأحكام الصادرة في الاختصاص : اختصاص المحكمة أو عدم اختصاصها .

ومثل ذلك أيضاً الأحكام الصادرة برفض الدعوى ، لأنها لا تلزم بشيء معين ، والأحكام الصادرة برفض طلب أو دفع فرعى ، وكذلك الأحكام الصادرة في دعوى عينية بإثبات ملكية المدعى للعقار محل النزاع^(٢) .

(١) بيدان وفوراران فترة ٧٥١ - شفيق شعانة ٣ ص ١٥٩ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٢٨٨ - سليمان مرتضى فترة ٢٠٣ ص ٣١٢ - استئناف مخلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٩ .

(٢) شفيق شعانة ٣ فترة ١٧٧ .

كل هذا ما لم تلزم هذه الأحكام من رفض طلبه بالمصروفات ، فيجوز أخذ اختصاص بها تأميناً للمصروفات ، إذ هي أحكام تلزم المدين بشيء معين^(١) .

٤٢٩ - الأنظمة القطعية الملزمة للمدين بشيء معين يجوز أخذ

اختصاص بموجبها : والصورة المألوفة لذلك أن يكون سادراً بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود .

ولا يوجد ما يمنع من أخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وفي هذه الحالة يقدر القاضي مؤقتاً المبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص إذا كان هذا المبلغ غير محدد المقدار في الحكم . وقد جاء في المادة ١٠٨٩ مدني أنه « إذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار . تولى رئيس المحكمة تحديده مؤقتاً ، وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص » .

٤٣٠ - الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب : كان المشروع التمهيدى

يتضمن فقرة ثانية للمادة ١٠٨٧ مدني ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يتضمن التعويض المستحق بسبب عدم التنفيذ هذا الحكم ، ولا يتضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد هذا الحساب » . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يضمنه حق الاختصاص للقضاء ، يفصل فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها^(٢) .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب ،

(١) انظر ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٤١٢ .

(٢) انظر فقرة ٤٠٩ في الماشر و تاريخ المادة ١٠٨٧ مدني .

إذا أخذ به حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب^(١) .

وذهب فقهاء آخرون إلى أن الاختصاص لا يضمن ذلك ، وإنما يضمن التعويض بسبب عدم تنفيذ الحكم (عدم تقديم الحساب)^(٢) ، وهذا هو الرأي الراجح ، وبه أخذ التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٧ مدني قبل حذفها كما مر .

والصحيح أن الاختصاص لا يضمن إلا محل الالتزام ذاته ، أو التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام^(٣) .

§ ٩ - لا اختصاص بعد وفاة المدين

٣١} - النص على ذلك في التقنين المدني الجديد : رأينا^(٤) أن الفقرة

الثانية من المادة ١٠٨٥ مدني تنص على ما يأتي :

« لا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة » .

فالدائن إذن ممنوع ، بموجب هذا النص ، من أن يأخذ حق اختصاص بعد موت مدينه على عقار في تركته . والتركة يحكمها مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الدين » ، وقد نظم هذا المبدأ كل من قانون الشهر العقاري والتقنين للمدني الجديد .

(١) بيدان وفواران فقرة ٧٥٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١١٤٨ - جرانمولان فقرة ٥٧٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٤١٧٨ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٨١ - محمد كامل مرصى فقرة ٢٤٥ - شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٩ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٩ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٣) شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٧٩ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

٤٣٢ - قانون الشهر العقارى : من المتفق عليه أنه بعد موت المدين

يتساوى جميع الدائنين العاديين ، وتكون تركه مدينهم المبت ضماً للوفاء بحقوقهم جميعاً بالتساوى فيما بينهم .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الفقه الإسلامى اعتبر الموت عارضاً تخرب به الذمة ويبطل الولاية فى المال ، ولهذا نقل حقوق الغرماء الثابتة فى ذمة المتوفى إلى تركته ، واستبقاها على حكم ملكه ، لتم التصفية بدفع الدين وتنفيذ الوصايا وقسمة ما بقى من الورثة . وهذا النظر ينشئ برحوب استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه منذ الوفاة ، فمن لم يكن وقتئذ صاحب دين ممتاز بقى غريباً يقاسم غيره قسمة غرماء^(١) .

وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن أموال المبت تؤول إلى جميع دائنيه ، فيصبح هؤلاء حق مباشرة على هذه الأموال . ولا يجوز لأى منهم أن يحصل بعد وفاة المدين على أى حق فى التقدم على الآخر بأى سبب كان ، فإذا أخذ أحدهم اختصاصاً على بعض عقارات المتوفى كان هذا الاختصاص غير نافذ فى حق الآخرين^(٢) .

ونظم قانون الشهر العقارى طريقة لشهر حقوق دائنى المورث ، إذا اشترط شهر حق الإرث لإمكان شهر التصرفات التى تصدر من الوارث ، وأجاز لدائنى المورث التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الإرث ، ورتب على هذا التأشير عدم نفاذ تصرفات الوارث فى أموال التركة قبل دائنى المورث الذين أشروا بديونهم فى هامش شهر حق الإرث فى خلال سنة من

(١) استئناف مصر. ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٨٣ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٣ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨

م ٤٠ ص ٢١ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص

٢٦٩ - ٧ يوفيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٣ - وانظر سليمان .رقص فترة ٢٠٥ ص

٣١٦ - ص ٣١٧ .

إجراء هذا الشهر أو بعد السنة وقبل شهر التصرف :

٤٣٣ - التقنين المدني الجديد : ووضع التقنين المدني الجديد نظاماً اختيارياً لتصفية التركات ، ثم نصت المادة ٩١٤ مدني على أنه « إذا لم تكن التركة قد صفت وفقاً لأحكام النصوص السابقة ، جاز للدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون » .

وقد منع التقنين المدني الجديد دائن المتوفى من أخذ اختصاص على مال مدينه الميت ، لأنه فيما يتعلق بالتقدم قصد المشرع عدم تمييز أحد من الدائنين على غيره بسبب لاحق لوفاة المدين ، وفيما يتعلق بالتبع فإن هذا الخطر من جانب المدين ذاته قد انعدم بوفاته ، ومن جانب وارثه قد ارتفع بمنع لوارث من التصرف قبل تسلمه شهادة التوريث وهي لا تسلم إلا بعد وفاة جميع الديون ، وبنص قانون الشهر العقاري الذي يمنع شهر أي تصرف من الوارث قبل شهر حق الإرث .

٤٣٤ - شهر الاختصاص المكسوب قبل وفاة المدين : ويجوز شهر حق الاختصاص الذي كسبه الدائن قبل وفاة مدينه ، حتى لو كان الشهر يحصل بعد وفاة المدين^(١) . وذلك لأن الغرض هو منع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة المدين ، أما هنا فقد صدر الأمر بالاختصاص قبل وفاة المدين ، وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذاً في حق الغير^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩٢ - شمس الدين للوكيل فقرة

١٢٤ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

§ ١ - حالة شهر إعمار المدين

٣٥} - الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة

دعوى الإعمار : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدنى على ما يأتى :
« على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة
على تسجيل صحيفة دعوى الإعمار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين
بعد هذا التسجيل » .

فكل دائن حقه سابق على تسجيل صحيفة دعوى الإعمار يجب أن يحمى ،
ولا تجوز التفرقة بين هؤلاء الدائنين . ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج على
هؤلاء الدائنين بأى حق اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل
صحيفة دعوى الإعمار .

ومن ثم يكون متنوعاً ، بالنسبة إلى هؤلاء الدائنين ، أخذ حق اختصاص
بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعمار .

يبقى بعد ذلك وجوب حماية هؤلاء الدائنين من حق التمتع ، وهذا مكفول
لهم بموجب المادة ٢٥٧ مدنى ، وقد نصت على ما يأتى :

« متى سجلت صحيفة دعوى الإعمار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى
تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ،
كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » .

وعلى ذلك إذا منع أخذ حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى
الإعمار ، ومنع كذلك بعد هذا التسجيل التصرف فى مال المدين المعسر ،
لم يعد ينقص الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على صحيفة الإعمار
شئ من الحماية .

٣٦} - أخذ اختصاص على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى

الإعمار : وهناك فرق بين حالة المدين الذى شهر إعماره والمدين المتوفى .

فالمدين المتوفى قد انتقضت شخصيته ، وتحدد نهائياً وقت وفاته مركز دائنيه وتحددت أمواله ، فلن تستجد له ديون ولا أموال .
أما المدين الذى شهر إعساره فإنه يحتفظ بشخصيته ، ويمكن أن يوضع حد لإعساره ، فيعود له حق التصرف فى أمواله ، وحق الالتزام بديون جديدة .

فيكون لدائنيه الذين لم يستوفوا حقوقهم قبل انتهاء حالة الإعسار مصلحة فى الاستناد إلى حقوق اختصاص حصلوا عليها ولو بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ويستطيعون أن يتقدموا ، بموجب حقوق الاختصاص هذه ، على الدائنين التالين ، وأن يتبعوا عقارات المدين فى أية يد كانت .
ولذلك لم يمنع المشرع أخذ الاختصاصات على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولا قيد الاختصاصات التى سبق صدور الأمر بها قبل ذلك ، اكتفاء بتقرير عدم نفاذ هذه الاختصاصات فى حق الدائنين السابقين حقوقهم على هذا التسجيل^(١) .

المبحث الثانى

الأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص

٤٣٧ - نص قانونى : تنص المادة ١٠٨٨ مدنى على ما يأتى :
« لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة ، مملوكة وقت قيد هذا الحق ، وجائز بيعها بالمزاد العلنى »^(٢) .

(١) شفيق شحاتة ٣ فقرة ١٨٢ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٠٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٦ ص ٣٢١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٤ من المشروع التمهيدى ، هل الوجه =

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

« يؤخذ حق الاختصاص على عقار مملوك للمدين وقت قيد هذا الحق ، بشرط أن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه . على أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة ، وتظهر فائدته فى حالتين : إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتبعها الدائن ، وإذا زل مال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض » (١) .

ويتبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة ، يجب توافرها فى الأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص :

١ - أن تكون هذه الأموال عقاراً أو عقارات معينة ، معينة تعييناً دقيقاً بحيث يمكن التصرف عليها .

٢ - أن يكون هذا العقار أو العقارات مملوكة للمدين ، وقت الحصول على حق الاختصاص ووقت قيد هذا الحق .

٣ - أن يكون هذا العقار أو العقارات مما يجوز التعامل فيها ، أى أن يكون جائزاً بيعها بالمزاد العلنى .

وهذه الشروط الثلاثة واضحة من نص المادة ١٠٨٨ مدنى سالفة الذكر .

- الآتى : ١ - لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ، وجائز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلنى . ٢ - ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى فى التنفيذ الشروط المقررة فى القانون . وفى لجنة المراجعة حلفت عبارة « جائز التعامل فيها » ، اكتفاء بكون هذه العقارات جائزاً بيعها بالمزاد العلنى ، وأصبح رقم المادة ١١٩١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٧٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت الفقرة الثانية لأن ملكية المدين لخمس أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٦ .

فنعالجها هنا في إيجاز . ويلاحظ أن الشرط الأول منها قد أخضع حق الاختصاص لمبدأ التخصيص الذي يخضع له الرهن الرسمي ، إذا أوجب أن يكون العقار أو العقارات معينة تعييناً دقيقاً^(١) .

§ ١ - المال عقار معين تعييناً دقيقاً

٤٣٨ - يجب أنه يكون المال عقاراً : فلا يؤخذ حق الاختصاص إلا على عقار ، فيكون حق الاختصاص كحق الرهن الرسمي ، إذا يكون محله دائماً عقاراً أو عقارات .

وقد وصل الأمر إلى حد أن قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجوز قانوناً منح الدائن حق الاختصاص على نخيل مملوك لمدينه . إذا كان هذا الأخير لا يملك الأرض القائم عليها النخيل^(٢) . والنخيل ، المملوك لشخص لا يملك الأرض الذي أقيم عليها النخيل ، يعتبر عقاراً ، شأنه في ذلك شأن الأبنية القائمة على أرض لا يملكها صاحب الأبنية ، فكان يجب الحصول على اختصاص بهذا النخيل من حيث كونه عقاراً .

٤٣٩ - انفصال حق الاختصاص عن حق الرهن الفضي : يختلف

حق الاختصاص عن حق الرهن الفضي .

فالرهن الفضي يرد ، دون حاجة إلى أمر القاضي ، على جميع عقارات المحكوم عليه ، الحالة والمستقبل . فلا يشترط إذن أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، فكل عقار مملوك للمحكوم عليه ، ولو كان عقاراً مستقبلاً ، يقع عليه الرهن الفضي .

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٣ ص ١٦٦ .

(٢) استئناف وطني ٢١ مارس سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥ ص ٧ .

أما حق الاختصاص فلا يقع على عقار مستقبل ، وكذلك لا يقع على عقار حال إلا إذا كان معيناً تعييناً دقيقاً .

• (٤٤) - العقار معين تعييناً دقيقاً : فيجب إذن أن يكون العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص معيناً تعييناً دقيقاً .

وهذا هو مبدأ التخصيص الذي رأيناه في الرهن الرسمي . وقد قدمنا في هذا الرهن الرسمي وجوب أن يكون محله عقاراً معيناً تعييناً دقيقاً ، وأن يذكر هذا التعيين في عقد الرهن الرسمي وفي قائمة القيد . فهنا أيضاً يجب أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً . وأن تذكر البيانات المعينة له في عريضة طلب الاختصاص وفي قائمة قيد حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) .

وتعيين العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص يكون عادة ببيان نوعه (منزلاً أو أرضاً مثلاً) . وموقعه (المدينة والشارع أو الحارة ورقم المنزل أو ما يعين موقعه تعييناً دقيقاً في حالة المنزل ، والحوض ورقمه أو موقع الأرض فيه إذا كان أرضاً) ، وحدود المنزل أو الأرض . ومساحة المنزل أو الأرض ، وما يتكون منه المنزل من طوابق . وغير ذلك من البيانات المفيدة في التعرف على العقار .

وإذا كان هذا التعيين مشروطاً في الرهن الرسمي حماية للراهن وللغير ، فهو كذلك أيضاً في حق الاختصاص . فالتعيين في حق الاختصاص يسمح للقاضي بالألا يمنح حق اختصاص بعقارات المدين إلا بالقدر اللازم لتأمين حقوق الدائن ، كما أن تعيين العقار الوارد عليه حق الاختصاص في قائمة القيد يسمح للغير أن يتبين حقيقة مركز المدين ومركز العقار الخمل بحق الاختصاص^(١) .

ويترتب على نقص هذه البيانات أو الخطأ فيها بطلان الاختصاص

(١) سليمان مرقس فترة ٢٠٨ .

هو وقيد ، إذا أدى النقص أو الخطأ إلى إيقاع الغير في الغلط^(١).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يخلص من مقارنة نص المادة ٥/٧٦٩ مرافعات مختلط بنص المادة ٥/٦٩٠ مدني مختلط أن المشرع قصد أن يتشدد في البيانات التي تعين العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص أكثر من تشدده في ذلك بالنسبة إلى العقار محل الرهن الرسمي^(٢).

وقضت أيضاً بأن تعيين المنزل المأخوذ عليه حق الاختصاص بالحى الموجود فيه دون ذكر الشارع يعتبر تعييناً كافياً ، فلا يجوز لدائن مرتهن لاحق أن يطلب إبطال هذا الاختصاص استناداً إلى وجود نقص في تعيين محله^(٣).

§ ٣ - العقار مملوك للمدين وقت الحصول

على الاختصاص ووقت القيد

٤٤١ - النص بصرح بموجب ملكية المدين للعقار وقت القيد : رأينا^(١) أن المادة ١٠٨٨ مدني تصرح بأن العقار أو العقارات المعنية يجب أن تكون مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق

فالعقار يجب إذن أن يكون مملوكاً للمدين وقت قيد حق الاختصاص ، فإذا لم يكن مملوكاً للمدين وقت القيد ، كان الاختصاص باطلاً .

فإذا فرض أن العقار كان مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٨ - استئناف تخط ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٨ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١١ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٣٧ .

بالاختصاص كما سئى ، ثم تجرد المدين من ملكيته قبل قيد حق الاختصاص فلما جاء الدائن يقيد حق الاختصاص كان العقار غير مملوك للمدين ، فإنه لا يستطيع قيد الاختصاص على عقار غير مملوك للمدين .

٤٤٢ - ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين أيضاً وقت الحصول

على الاختصاص : ويجب ، فوق ذلك ، أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر بالاختصاص .

وقد صرح المشرع بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد ، لأن القيد والحصول على الاختصاص كانا يتآن في التقنين المدني القديم في يوم واحد . فكان هذا التقنين يوجب على كاتب المحكمة التي يصدر رئيسها الأمر بالاختصاص أن يقوم من تلقاء نفسه بقيد الاختصاص دون تأخير وفي ذات يوم صدوره (م ٧٢٢/٥٩٦) . فكان من غير المحتمل أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص وغير مملوك له وقت صدور الأمر بالاختصاص . فألف الفقهاء أن يشترطوا ملكية المدين للعقار وقت قيد الاختصاص ، قاصدين بذلك أن تكون ملكية المدين للعقار وقت الحصول على الاختصاص ووقت قيد الاختصاص (١) .

فأخذ التقنين المدني الجديد بما جرى عليه الفقهاء في ظل التقنين المدني القديم ، فاشترط في المادة ١٠٨٨ مدني أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص ، قاصداً بذلك أن يكون مملوكاً أيضاً للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص .

ولما كانت المادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري تنص على أن « تم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم

(١) عبد السلام فخري فقرة ٢٠٧ - محمد كامل مرسى في التأمينات الشخصية وللمدينة

مقامهم » ، فقد أصبح الآن من المحتمل أن يؤخذ الأمر بالاختصاص في يوم ويبطئ الدائن في قيده أياماً أو أسابيع . ولذلك جاز أن يكون المدين مالكا للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ثم يتجرد عن ملكيته بعد ذلك وقبل القيد . فكان الأولى اشتراط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ووقت قيد الاختصاص .

وقد تعددت الأحكام القضائية في الماضي تشرط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص . وبأنه إذا أخذ اختصاص على عقار غير مملوك للمدين فإنه يكون باطلا ولا ينتج أى أثر ولو صار المدين مالكا بعد ذلك . فقضت محكمة النقض في قضية كان يسرى عليها التقنين القديم بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدوره ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تحديد القيد^(١) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأن على الدائن طالب الاختصاص أن يتحقق من ملكية المدين ، وبأن من واجباته الأولية أن يدقق في فحص سندات الملكية المسجلة . لأن تقديمه المريضة التي يطلب بها الاختصاص

(١) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٥ ص ٣٦٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٣ ص ٦٢٩ - وقد قضت محكمة النقض بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدوره ، فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلاً . ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٥ ص ٣٦٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الدائن قد قيد اختصاصاً بهد أن باع المدين للعقار وسجل المشتري عقده ، فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلا لحصوله بعد انتقال ملكية العقار للتصرف إليه (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٣ ص ٦٢٩) . وقضت أيضاً بأنه إذ حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بمقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بهد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون قد وقع في هذه الحالة والعقار غير مملوك للمدين (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ جانا ١ ص ٣٩٤)

يعتبر تأكيداً رسمياً لاعتباره العقار المطلوب أخذ الاختصاص عليه مملوكاً للمدين^(١) . وقضت أيضاً بأنه يجب لكي ينتج الاختصاص أثره أن يكون مأخوذاً على عقار مملوك للمدين ، ويقع على الدائن إثبات ملكية العقار للمدين^(٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدين قد اشترى عقاراً ، فلا يجوز لدائنه أن يأخذ اختصاصاً على هذا العقار ما دام المدين لم يسجل عقد شرائه^(٣) .

(١) استئناف مخطط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٦٥ .

(٢) استئناف مخطط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٤ .

(٣) استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٢ - وقضت أيضاً بأنه إذا أخذ الدائن اختصاصاً على حصة المدين الشائعة بعد تسجيل عقد القسمة الذي أنهى الشروع ، كانت القسمة نافذة في حق الدائن ، وترتب على ذلك بطلان الاختصاص فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب المدين من الأموال الشائعة (استئناف مخطط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣١) - وقضت أيضاً بأنه إذا سجلت القسمة قبل الرهن أو الاختصاص للوارد على حصة شائعة في جميع الأموال الشائعة ، فإن الرهن أو الاختصاص لا ينتقل إلى كل الحصة المفروزة التي آلت إلى المدين ، بل إلى نصيب شائع فيها بنسبة الشروع الأصلي ، لأن الرهن أو الاختصاص يكون قد ورد وقت قيده على أموال خرج بعضها من ملكية المدين ، فيبطل منه ما يتعلق بهذه الأموال ، ويصح ما يتعلق بما وقع في نصيب المدين (استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١) .

وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ١٤١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ١٤١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٤ - ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٤ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ - ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أخذ دائن حكماً بدينه على مدينه ، وحصل به على اختصاص على أطياف للمدين باعها لآخر بمقد عرف ، وقبل أن يحصل هذا الأخير على حكم بصحة التوقيع وتسجيله ، فإنه يكون للدائن المذكور ، طبقاً لما نص عليه في المادة ٥٩٩ ، حق صني على الأطياف المبيعة قبل أن يترتب لغيره أي حق عليها ، ويكون صاحب الأسبقية ومفضلاً على غيره في الحصول على دينه (استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ الحماية ١٧ رقم ٤٤٣ ص ١٨٠) .

٤٤٣ — على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار : وإذا ادعى غير الدائن ملكية العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ، وقع على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه في حالة صدور أمر باختصاص الدائن بالعقار . يقع على الدائن إثبات ملكية المدين للعقار أو ملكية مدعى الاستحقاق للعقار^(١) . ولكن لا يحكم لمدعى الاستحقاق بملكية العقار ، لمجرد عجز الدائن عن إقامة الدليل على ملكية مدينه^(٢) .

وقد اكتفت المحاكم من الدائن بأن يثبت حيازة المدين للعقار ، فيعتبر ذلك قرينة على الملكية لنقل عبء الإثبات إلى مدعى الاستحقاق^(٣) . على ألا تكون هذه الحيازة غامضة ، وإلا بقي عبء الإثبات على الدائن^(٤) .

§ - ٣ العقار جائز بيعه بالمراد العلني

٤٤٤ — ما لا يجوز بيعه بالمراد العلني : لما كان حق الاختصاص قد يؤدي إلى بيع العقار بالمراد العلني إذا نفذ الدائن صاحب حق الاختصاص حق اختصاصه استيفاء لحقه ، لذلك اشترط القانون أن يكون العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص مما يجوز بيعه بالمراد العلني .

فنصت المادة ١٠٨٨ مدني ، كما رأينا^(٥) ، على أنه « لا يجوز أخذ حق

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٣ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٤٥ - ٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٢ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٢ ص ٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ٢٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ١٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٧ - ٨ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧ - سليمان مرقس فقرة ٢٠٩ .

(٥) أنفاً فقرة ٤٣٧ .

الاختصاص إلا على عقار أو عقارات جائر بيعها بالمزاد العلني .

فلا يجوز أخذ اختصاص على عقار موقوف وقفاً خبيراً ، لأن العقار الموقوف لا يجوز بيعه . وحتى بالنسبة إلى العقار الذي كان موقوفاً وقفاً أهلياً ، نصت المادة ٥ مكررة ، التي أضيفت بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي حل الأوقاف الأهلية ، على ما يأتي : « لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين توكل إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون » ، وقد بنت محكمة النقض على ذلك أنه لا يجوز أخذ حق اختصاص على هذه الأعيان لديون سابقة على تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، وقالت في أسباب حكمها : « أن الشارع قصد استمرار الحماية التي أسبقها القانون فيما مضى على المستحقين في الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف ، فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان وإنه وإن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ . إلا أن هذا الحق . وقد شرع ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . وخول به صاحبه أن ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات للبيع الحبرية وأن يتبع العقار في يد حائره وأن يستوفي حقوقه متقدماً على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار أو من المال الذي حل محله ، فإن حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ ، فلا تقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذي يراد الاختصاص به . ومن ثم فإن ما لا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لا يجوز بالتالي أن يكون محلاً لحق الاختصاص . وهذا هو ما قصدت إليه المادة ١٠٨٨ مدني فيما نصت عليه ، من أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين

وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمراد العلني « (١) .

ولا يجوز أخذ حق اختصاص على حق استعمال أو على حق سكنى

في غير الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها التصرف في هذا الحق (٢) .

٤٤٥ - جواز أخذ اختصاص على صفة الرقعة التي لا يجوز التنفيذ عليها :

وقد كانت المادة ١٠٨٨ مدني تتضمن في المشروع التمهيدي فقرة

ثانية ، كانت تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز الحصول على حق

اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن

يراعى في التنفيذ الشروط في القانون » . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت

هذه الفقرة « لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق

الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص » (٣) .

وعلى ذلك لم تحذف هذه الفقرة لعدم الأخذ بها ، بل حذفت لأن حكمها

معروف ومقرر دون حاجة إلى نص .

والقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية

(١) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١ -
وقد قضى هذا الحكم بأنه حتى كانت العين موقوفة ، وانتهى الوقف فيها ، وآلت ملكيتها إلى
من صاه يكون صاحب الحق فيها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فإنها
تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون ، ولا يجوز
بالتالي لأرباب هذه الديون أن يستصدروا من آلت إليه ملكية هذه العين أمراً باختصاصهم بها
إعمالاً للمادة الخامسة مكرراً من ذلك القانون والمادة ١٠٨٨ من القانون المدني (نقض مدني ٣٠
مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشرط الذي ينص عليه في عقد البيع بأنه
ليس للمشتري الحق في التصرف العين المبيعة حتى يوفى كل الثمن ، لا يحرم دائن المشتري من
أخذ اختصاص على هذه العين ، ولا يعد هذا الاختصاص تصرفاً من المشتري لأنه عمل خارج
عن إرادته آت من جهة الغير (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٨
رقم ٣٨ ص ٦١) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش في الهامش في تاريخ المادة ١٠٨٨ مدني .

في حدود خمسة أفدنة . الذي استبدل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ . لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على أطياف مدينة الذي لا يملك أكثر من خمسة أفدنة ، وإنما يحول دون الحجز عليها ومباشرة نوع ملكيتها طالما بقي المدين محتفظاً بها وليس لديه غيرها .

ولكن مع ذلك يجوز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة هذه ، ويعمل حق الاختصاص هذا من وجهين :

(الوجه الأول) : إذا انتقلت ملكية خمسة الأفدنة هذه إلى شخص آخر أصبح يملك أكثر من خمسة أفدنة . فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب الاختصاص أن يبيع بيعاً جبرياً خمسة الأفدنة . بشرط أن يبقى عند المالك خمسة أفدنة على الأقل .

(الوجه الثاني) : إذا بقيت خمسة الأفدنة في ملكية صاحبها الأول . ثم زادت ملكية إلى أكثر من خمسة أفدنة . إلى عشرة مثلاً . فإنه يجوز في هذه الحالة أن يبيع صاحب الاختصاص خمسة الأفدنة هذه . بشرط أن يبقى للمالك خمسة أفدنة على الأقل . فإذا زادت ملكية المالك إلى ثمانية أفدنة مثلاً . كان لصاحب حق الاختصاص أن ينزع من ملكيته خمسة الأفدنة المأخوذة عليها حق الاختصاص ملكية ثلاثة أفدنة فقط .

الفرع الثاني

الإجراءات

٤٤٦ - **نصوص قانونية :** نصت المادة ١٠٨٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة ، أن يقدم بذلك عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها » .

« ٢ - وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم

أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وأن تشتل على البيانات الآتية :

(أ) اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

(ب) اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

(ح) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

(د) مقدار الدين ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص .

(هـ) تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ، وبيان موقعها ، مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها .

ونصت المادة ١٠٩٠ مدنى على ما يأتى :

١ - بلون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص ،

٢ - وإنما يجب عليه ، عند الترخيص به ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المينة بالعريضة بوجه التقريب ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها ، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين .

ونصت المادة ١٠٩١ مدنى على ما يأتى :

« على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر ، وعليه أيضاً أن يوشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص ، وأن يحضر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . »

ونصت المادة ١٩٠٢ مدني على ما يأتي :

- « ١ - يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الأمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية . »
- « ٢ - ويجب أن يوثق على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص . »

ونصت المادة ١٠٩٣ مدني على ما يأتي :

- « إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد نظم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٥ من المشروع التمهيدي . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة « وأنها ملوكة للمدين » من الفقرة الثانية (حرف هـ) ، وأصبح رقم المادة ١١٩٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، عدلت (هـ) من الفقرة الثانية بأن استعيت عن عبارة « تعيين المقاررات تعيينا دقيقا جنسا ومحلا » عبارة « تعيين المقاررات تعيينا دقيقا » ، وبيان موقعها « ، لأن التعيين الدقيق يتضمن من التفصيلات ما يقع لما يقصد من بيان الخبر » ، واستبدلت بعبارة « أوراق تثبت » عبارة « الأوراق الدالة على » ، إذ لا يشترط في هذه الحالة تقديم مستندات قاطعة في الإثبات ، بل يشترط تقديم أوراق تدل على القيمة وإن لم تكن قاطعة في آلائها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٧ - ص ١٧١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادتان ٦٨١ / ٧٦٩ و ٦٨٣ / ٧٧١ من تقنين المرافعات القديم .

م ١٠٩٠ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٦ من المشروع التمهيدي . وهناك لجنة المراجعة تعديلا لفظيا ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١١٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧١ - ص ١٧٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادة ٦٨٢ / ٧٧٠ من تقنين المرافعات القديم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذه النصوص ما يأتى : -

- ١ - تمر إجراءات الحصول على حق الاختصاص على المراحل الآتية :
- يقدم الدائن عريضة لرئيس محكمة العقار . مصحوبة بصورة الحكم أو الشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم . ويمكن الحصول على هذه الشهادة فى نفس اليوم الذى صدر فيه الحكم . وتشمل العريضة البيانات التى تدون عادة فى قائمة الرهن الرسمى المقدمة للتيد . ويلاحظ أنه اشترط أن يقدم الدائن أوراقاً تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين . حتى يتبين للقاضى قيمة العقارات وملكيها قبل أن يثقلها بحق الاختصاص .
- ٢ - ويدون رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص بعد أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار . ويجوز أن ينصرف الأمر على جزء من العقار . فإن رفض

م ١٠٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٧ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً ، تحت رقم ١١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٤ - ص ١٨٥) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٨ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١١٩٥ . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٥ - ص ١٧٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٥١٩ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١١٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٢ - ص ١٧٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل . ولكن يقابلها المادة ٩٨٤ / ٧٧٢ من تقنين

المرافعات القديم .

رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص (أو قبل فتظلم المدين إليه فرفض) ،
 جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية

٣- وعند صدور الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة
 إعلانه للمدين في موطنه المبين بالعريضة في نفس اليوم الذي صدر فيه ،
 وهذا تجديد أريد به إخطار المدين بما تم . حتى يتظلم إن كان هناك وجه
 للتظلم . ويؤشر بالأمر على صورة الحكم وعلى كل شهادة به أو صورة
 أخرى . وهذا أيضاً تجديد أريد به منع الحصول على اختصاصات متعددة
 من محاكم مختلفة وللمدين أن يتظلم للقاضي الذي أصدر أمر
 الاختصاص أو للمحكمة الابتدائية ولما كان الأمر بالاختصاص يقيد
 في نفس اليوم الذي يصدر فيه كما سيأتي . وجب إذا صدر أمر بإلغائه أن
 يؤشر على هامش القيد بذلك» (١) .

فتكلم هنا في أمرين : (١) الحصول على أمر اختصاص . (٢) تظلم
 المدين من أمر الاختصاص .

المبحث الأول

الحصول على أمر اختصاص

٤٤٧- عريضة طلب الاختصاص : نصت المادة ١٠٨٩ مدني :

كما رأينا (٢) ، على أن الدائن الذي يريد الحصول على أمر بالاختصاص عليه
 أن يقدم عريضة طلب الاختصاص إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في
 دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها .

وتشمل هذه العريضة اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي والموطن

(١) مجموعة الأمان التحضيرية ٧ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٤٦ .

المختار ، واسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه ، وتاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته ، ومقدار الدين ويتولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً إذا كان الدين غير محدد المقدار فيعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص ، وتعين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم أوراق تدل على قيمتها دون أن تقطع في هذه القيمة .

وتصحب العريضة بصورة رسمية من الحكم ، أو بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم . وكان التقنين الأهل السابق يوجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة الحكم ، فكان ذلك يؤخر تقديم الدائن لعريضة الاختصاص إلى أن تم المحكمة كتابة الحكم وتوقيعه ، وقد تنقضى مدة طويلة قبل أن يتم ذلك . فبنتز المدين هذه الفرصة ، ليتصرف في عقاراته . أما التقنين المختلط فكان ينص على أن تقديم شهادة من قلم الكتاب بصدور الحكم ومضمونه يغني عن تقديم صورة الحكم ، ويمكن أخذ هذه الشهادة من قلم الكتاب في اليوم ذاته الذي يصدر فيه الحكم . فأخذ التقنين المدني الجديد بما ورد في التقنين المدني المختلط ، فنص على أن العريضة تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم .

وبلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد ينص على ما يأتي :

م ١٩٤ مرافعات : في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلب إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة المختصة . .
وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ، ومشملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة ، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها .

م ١٩٥ مرافعات : يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختي العريضة ، في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر . ولا يلزم

ذكر الأسباب التي بنى عليها . إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره .
فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا .

م ١٩٦ مرافعات : يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عربسته مكتوباً عليها صورة الأمر ، وذلك في اليوم التالي لصدور على الأكثر .

٤٤٨ - الترويح في ذيل العريضة بالأمر بالاختصاص : ويسون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص . ويجب على الرئيس ، عند إصدار الأمر بالاختصاص ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات . فقد يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على عقار واحد منها أو جزء من عقار . إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٩٠ ملئ) .

٤٤٩ - الإجراءات التي تتبع في الأمر الصادر بالاختصاص : في نفس اليوم الذي يصدر فيه الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة إعلان المدين بهذا الأمر . ذلك أن المدين لم يكن حاضراً وقت صدور الأمر بالاختصاص ، ولم يكن حاضراً غير الدائن . فيستطيع المدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص . ويتبع في ذلك إجراءات معينة سيأتي ذكرها .

وحتى لا يلجأ الدائن إلى محاكم مختلفة ، للحصول منها على أوامر بالاختصاص تزيد على ما يحتاج إليه ، أوجب القانون على قلم كتاب المحكمة أن يتخذ أيضاً الإجراءات الآتية :

١ - يوشر بأمر الاختصاص على صورة الحكم ، أو على الشهادة المرفقة بالعريضة والمحور فيها منطوق الحكم إذا لم يمكن الحصول على صورة الحكم ذاته . فيتعذر إذن على الدائن استعمال صورة الحكم أو الشهادة هذه .

للحصول على أمر آخر بالاختصاص دون أن يكون الأمر مطلقاً على أمر الاختصاص الأول .

٢ - يحظر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم بالدين ، ليؤثر بأمر الاختصاص على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . وبذلك إذا لم يستعمل الدائن الصورة أو الشهادة التي سبق له استعمالها للحصول على أمر الاختصاص الأول ، وطلب من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم بالدين صورة أو شهادة أخرى ، كانت هذه الصورة أو الشهادة مؤشراً عليها بأمر الاختصاص الأول .

٥٠ - رفض رئيس المحكمة طلب الدائن وعدم صدور أمر بالاختصاص : وليس من الضروري أن يستجيب رئيس المحكمة لطلب الدائن ، فقد يجد أنه لا محل لإعطاء أمر بالاختصاص . ويكون ذلك من بادئ الأمر ، أو يكون بعد تظلم المدين وسماع أقواله ولم تكن أقواله قد سمعت عند صدور الأمر الأول بالاختصاص .

عند ذلك يجوز للدائن أن يتظلم من رفض رئيس المحكمة لإعطائه أمر بالاختصاص ، ويكون تظلمه أمام المحكمة الابتدائية التابع لها رئيس المحكمة دون غيرها .

وتقول المادة ١٠٩٣ مدني في هذا الصدد : « إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية » .

وتقول المادة ١٩٧ من تقنين المرافعات الجديد : « للطالب إذا صدر الأمر برفض طلبه . . . الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك : ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى

أمام المحكمة ، وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه . ويجب أن يكون التظلم مسدداً ، وإلا كان باطلاً .

ويبدو أن حكم المحكمة الابتدائية في التظلم يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة ، فقد نصت المادة ٢/١٩٩ مرافعات على أنه « وتحكم القاضى فى التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه . ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المتررة للأحكام » .

المبحث الثانى

تظلم المدعى من أمر الاختصاص

٤٥١ — جواز تظلم المدعى من الأمر بالاختصاص : وإذا صدر أمر

الاختصاص من رئيس المحكمة ، جاز للمدين ، الذى لم تسمع أقواله والذى أعلن بصدور الأمر بالاختصاص فى يوم صدوره أن يتظلم من هذا الأمر : وتقول المادة ١/١٠٩٢ مدنى ما يأتى :

« يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الأمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية » .
والتظلم لا يكون إلا مرة واحدة ، إما إلى الأمر أو إلى المحكمة الابتدائية .

٤٥٢ — التظلم إلى الأمر : فإذا تظلم إلى الأمر ، أى إلى رئيس

المحكمة الذى أصدر أمراً بالاختصاص ، نظر الرئيس فى هذا الأمر .
فإذا أن ثبت عليه ولا يرى داعياً لإلغائه ، فيقضى فى هذه الحالة بالتأييد .

أو ، بعد سماع المدعى المتظلم ، يرى أن هناك ما يستوجب العلول عن

أمر الاختصاص . فيقضى بالإلغاء . وعند ذلك يبطل الأمر بالاختصاص الذي صدر من قبل .

٥٣ - جواز استئناف قضاء الأمر : وهذا القضاء بالتأييد أو بالإلغاء يعتبر حكماً صادراً من محكمة ابتدائية .

فيجوز لكل من المدين في حالة التأيد . والدائن في حالة الإلغاء . أن يستأنف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف المختصة .

٥٤ - النظم إلى المحكمة الابتدائية : وقد يرفع المدين تظلمه ، لا إلى الأمر ، بل إلى المحكمة الابتدائية التي يتبعها الأمر . وتقضى المحكمة الابتدائية . كما كان يقضى الأمر ، إما بالتأييد واستبقاء الأمر بالاختصاص : أو بإلغاء الأمر بالاختصاص .

٥٥ - جواز استئناف حكم المحكمة الابتدائية : وفي الحالتين ، يجوز استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف المختصة .

يستأنف المدين ، إذا صدر الحكم بتأييد الأمر بالاختصاص ، طالباً بالإلغاء ويستأنف الدائن ، إذا صدر الحكم بإلغاء الأمر بالاختصاص ، إلغاء هذا الحكم .

٥٦ - التأشير على هامش القرار بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص : وإذا قيد الدائن الأمر الصادر بالاختصاص ، ثم صدر أمر أو حكم بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص ، وجب التأشير على هامش القيد بهذا الأمر أو الحكم ، ويكون ذلك بمثابة إلغاء للقيد ، وإلغاء للأمر الصادر بالاختصاص . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٢ مدني في هذا المعنى ما يأتي : « ويجب أن يوثق على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص » .

الفصل الثاني

آثار حق الاختصاص

٥٧- نص قانوني : نصت المادة ١٠٩٥ مدني على ما يأتي :

« يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، وبخاصة ما يتصل بالقبض وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثر وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » (١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي :

« ١- وقد يقيد قلم الكتاب حكماً صادراً بالاختصاص بدلاً من أمر ، ويكون ذلك في حالة ما إذا رفض طلب الاختصاص ، فتظلم الدائن أمام المحكمة ، فحكم بقبول تظلمه وبإعطائه حق الاختصاص . أما إذا تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص ، فحكم بتأييد الأمر ، فإن الحكم يؤشر به على هامش القيد » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢٠ من المشروع التمهيدى . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١١٨٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٨) .

التقنين المدني السابق م ٥٩٩ / ٧٢٥ : الدائن الذي تحصل على اختصاص بمقاررات مدينه ، يكون له من يوم تسجيل ذلك الاختصاص نفس الحقوق التي تترتب على الرهن العقاري وتقع في الاختصاص المذكور كافة القواعد المقررة فيما يتعلق بالرهن ، مع مراعاة الضابط المدون بالمادة الآتية .

« ٢ - » .

« ٣ - وفيما عدا ذلك يكون للاختصاص أحكام الرهن الرسمي ، وبخاصة فيما يتعلق بتجديد التيد ومحوه وعدم التجزئة وأثر الحق فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير من تقدم وتبع ، وقد تقدم ذكر ذلك » (١) .
وعلى ذلك نستعرض : مجرد استعراض ، أهم أحكام الرهن الرسمي التي تنطبق على الاختصاص فيما يتعلق بالآثار .

٤٥٨ - **دائن له هو الاختصاص :** ونفرض الآن أن دائناً حصل على حق اختصاص بعقار مدينه . فإن هذا الدائن ، من حيث آثار حق الاختصاص ، يعتبر كدائن مرتين رهناً رسمياً ، ويكون حق الاختصاص مثابة حق الرهن الرسمي .

٤٥٩ - **الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة وكذلك هو الاختصاص** والرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة ، بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون (٢) .

فبالنسبة إلى العقار المرهون . إذا فرض أن الدين انقسم على عدة أشخاص . وأدى واحد منهم الجزء من الدين الذي هو مسئول عنه ، لم يجز شطب الرهن عن الجزء من العقار الذي اختص به إلا بعد سداد الدين كله . لأن كل جزء من العقار المرهون مسئول عن كل الدين : وكذلك حق الاختصاص ، كل جزء من العقار المحمل به مسئول عن كل الدين .

وبالنسبة إلى الدين المضمون ، إذا انقضى جزء منه ، فإن العقار المرهون كله يبقى ضامناً لما بقي من الدين . وكذلك العقار المحمل بحق الاختصاص ، فإنه يبقى كله ضامناً لأي جزء من الدين لم يسدد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ .

(٢) آنفاً فقرة ١٢٠ .

٤٦٠ - آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وآثار الاختصاص

فما بين الدائن والمدين : وقد سبقت لنا دراسة آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين ، الراهن والمرتهن^(١) . فنستعرض أهم المسائل في هذا الموضوع ، ونطبق الأحكام فيها على حق الاختصاص .

٤٦١ - إنشاء الرهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن

للدائن المرتهن ، فإذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون ، أنشئ حق الرهن الرسمي عليه من تلقاء نفسه .

ولما كان حق الاختصاص يعطى على عقار مملوك للمدين ، فإن حق الاختصاص ينشأ على هذا العقار من تلقاء نفسه .

٤٦٢ - ضمان الرهن لسلامة الرهن : يضمن الراهن سلامة

حق الرهن ، فلا يجوز أن يقوم الراهن بترتيب أى حق على العقار المرهون بشهر قبل قيد الرهن .

كذلك فى حق الاختصاص ، لا يجوز للمدين ، بعد أن أخذ حق الاختصاص على عقاره ، أن يربط على هذا العقار أى حق بشهر قبل قيد حق الاختصاص .

وكذلك ليس له أن ينزع شيئا من هذا العقار ، كأن يبيع المواشى التى تخدم الأرض ، أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المبانى ، فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من حق الاختصاص ، فيكون عندئذ للدائن الرجوع على المدين بضمان التعرض الشخصى .

وفما يتعلق بضمان المدين لحق الاختصاص من تعرض الغير ، إذا ادعى شخص أنه قد نشأ له حق ارتفاق على العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ،

(١) انظر فقرة ١٦٧ وما بعدها .

فعلى المدين أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو يطالب بدفع الدين فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان المدين لتعرضه الشخصى ولتعرض الغير ، هو فى الواقع من الأمر الجزاء الكافى على التزام المدين بضمان سلامة حق الاختصاص .

٤٦٣ - هلاك العقار أو تلفه : وقد قضت المادة ١٠٤٨ مدنى ، فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، بأنه إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً ، وبأنه إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ من سبب أجنبى ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً .

وكذلك فى حق الاختصاص . إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً ، وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً .

وإذا هلك العقار أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الاختصاص بمرتبه إلى الحق الذى يحل محل العقار حلولاً عينياً ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٤٦٤ - عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار ولا من ميازمه وكذلك المدين فى حق الاختصاص : يبقى الراهن مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، وكذلك المدين فى حق الاختصاص يبقى مالكاً للعقار وحائزاً له . فيبقى للمدين فى حق الاختصاص حق التصرف فى العقار كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله ، ولا تقيد سلطته فى كل ذلك إلا بحق الدائن فى حق الاختصاص ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهى إلى التنفيذ على العقار واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن .

٤٦٥ — هو الرهن في استغلال العقار وكذلك هو المربع في الاختصاص :

قضت المادة ١٠٤٤ مدني ، في حق الرهن الرسمي ، بأن للرهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار .

وكذلك المدين في حق الاختصاص له الحق في إدارة العقار ، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار . ويبقى للمدين الحق في قبض ثمار العقار إلى وقت التحاقها بالعقار ، وهذا الوقت هو وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا نفذ الدائن على العقار ونزع ملكيته .

٤٦٦ — إيجار العقار : هنا يجب التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع

سنوات ، وإيجار لا تزيد مدته على ذلك . والقاعدة في هذا هي نفس قاعدة الرهن الرسمي

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من المدين على تسع سنوات . فإن مدة الإيجار لا يسرى إلا لمدة تسع سنوات^(١) ، إلا إذا كان مسجلاً قبل الاختصاص فيسرى لكامل مدته .

وإذا لم تزيد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإنه يجب ، حتى يسرى لكامل مدته في حق الدائن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يسرى في حق الدائن إلا في حدود الإدارة الحسنة .

٤٦٧ — قبض الأجرة مقدماً أو الموانع بها : المدين في حق الاختصاص

كالرهن ، من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على

(١) بشرط أن يكون له تاريخ ثابت سابق على تاريخ تنبيه نزع الملكية ، وهو التاريخ الذي

تلتحق به الثمار بالعقار .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن الأجرة في هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية لم تلحق بالعقار .

فإذا قبض المدين الأجرة مقدماً . أو حول بها مقدماً ، فيجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . فيجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الاختصاص ، حتى تنفذ في حق الدائن لكامل المدة : فإذا لم تسجل قبل قيد الاختصاص ، فلا تسرى إلا لمدة ثلاث سنوات ، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى في حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

(الفرض الثاني) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . فيشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى في حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

٤٦٨ - بيع الثمار قبل جنيتها : رأى الراجع أن المدين في الاختصاص . كالراهن ، له أن يبيع الثمار قبل جنيتها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإن البيع لا يسرى في حق الدائن . ومن حق هذا الدائن أن يستبقى المحصولات في الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ويجرى في توزيع ثمنها كما يجري في توزيع ثمن العقار نفسه .

٤٦٩ - بطلان شرطى نملك العقار عند عدم الوفاء وبيع العقار

دونه إجراءات : والدائن إذا اتفق مع المدين ، في الاختصاص ، على أن يملك العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص عند عدم وفاء المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، كما في الرهن .

وإذا اتفق الدائن مع المدين على أن يباع العقار الأخوذ عليه الاختصاص دون إجراءات ، إذا لم يوف المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلاً أيضاً كما في الرهن .

٤٧٠ — آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير — وآثار حق الاختصاص بالنسبة إلى الغير : يجب أن يقيد الدائن حق الاختصاص ، كما يجب أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن الرسمي ، حتى يكون الحق نافذاً في حق الغير ، بما يستتبعه من حق تقدم وحق تتبع . ويجب أولاً أن يقيد الدائن صاحب الاختصاص حقه ، كما يقيد الدائن المرتهن حقه .

٤٧١ — شهر حق الاختصاص : يخضع حق الاختصاص للقيود ، كما يخضع حق الرهن الرسمي . فإذا صدر أمر رئيس المحكمة أو حكم المحكمة بالاختصاص ، استخرج الدائن صورة رسمية محررة على الورق الأزرق الخاص ، وقدمها مع قائمة القيد إلى مكتب الشهر المختص لإجراء قيدها .

وقد جرى العمل على أن الصورة الرسمية المحررة على الورق الأزرق هي القائمة التي تشهر ، لأن هذه الصورة تتضمن جميع البيانات التي يجب أن تدرج في القائمة ، وهذا بشرط ألا ينقص بيان من بيانات الشهر ، وإلا كلف صاحب الشأن بتقديم قائمة .

٤٧٢ — إجراءات شهر حق الاختصاص : بعد صدور أمر الاختصاص ، تنسخ منه صورة طبق الأصل على الورق الأزرق ، متضمنة جميع البيانات الدالة على استيفائه مراحل الشهر التمهيدية ، وتقدم للمكتب المختص لشهرها بطريق القيد وتصويرها وإرسال الصور للجهات المختصة . وتقوم المأمورية بمراجعة ملكية المدين ، للتأكد من أن أمر الاختصاص المطلوب يقع على عقار أو عقارات مملوكة للمدين .

ويقدم الدائن الذى يريد أخذ اختصاص عريضة بذلك ، متضمنة البيانات التى تتطلبها المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى بخصوص قائمة القيد .

ويستحق على قيد أمر الاختصاص رسم نسبي قدره $\frac{1}{3}$ % من المبلغ الأصيل وملحقاته . أما عند تجديد هذا القيد ، فلا يحصل الرسم النسبي إلا على قيمة الزيادة فقط ، بخلاف رسوم التصوير ورسوم الحفظ ،

٤٧٣ - شهر أمر إقاص الإختصاص : ويترتب على أمر إنقاص حق الاختصاص تعديل فى الأمر ذاته ، يقتضى شهر أمر الإنقاص يسرى فى مواجهة الغير .

ويختلف شهر أمر الإنقاص ، باختلاف موضوعه . فإذا كان الأمر يقتضى بقصر حق الاختصاص على جزء من العقار ، فإن هذا الأمر يخضع للشهر بطريق التأشير الهامشى على هامش قيد حق الاختصاص نفسه . أما إذا كان أمر الإنقاص قد قضى بإحلال عقار محل العقار الذى رتب عليه الحق الأصيل ، فإن هذا الأمر الجديد واجب الشهر بطريق القيد ، ثم التأشير بمضمونه على هامش حق الاختصاص الأصيل .

ويجب أن يمر أمر الإنقاص فى هذه الحالة الأخيرة بمراحل الشهر التمهيدية ، للتأشير عليه بالصلاحية للشهر قبل استصداره من رئيس المحكمة المختصة . ويكون للقيد الجديد مع التأشير بمضمونه ، نفس مرتبة حق الاختصاص الأصيل (١) .

٤٧٤ - أمر شهر حق الإختصاص : ويترتب على قيد أمر الاختصاص أن يسرى هذا الأمر فى مواجهة الغير ، ويكون للدائن حق التقدم وحق التسع على العقار الذى يتضمنه هذا الأمر .

(١) انظر محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ .

والعبرة هي بأسبقيه الشهر ، فإذا تم شهر اختصاصين في يوم واحد ، كانت الأسبقيه لمن قام بشهر اختصاصه قبل الآخر بحسب الساعة التي تم فيها ، وفقاً لترتيب تقديمها لمكتب الشهر المختص^(١) .

٤٧٥ - القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو : وكل ما قدمناه في قيد الرهن الرسمي ، وتجديد القيد ومحوه وإلغاء المحو^(٢) ، ينطبق على قيد الاختصاص وتجديده^(٣) ومحوه وإلغاء المحو ، فلا حاجة لتكرار ما قدمناه في ذلك .

٤٧٦ - هو التفرص : ويستعمل حق التقدم في الاختصاص ، كما يستعمل حق التقدم في الرهن الرسمي^(٤) .

ففيما يتعلق بالدين المضمون . يشمل الدين أصل الدين ، وملحقاته وهذه تتضمن مصروفات القيد والتجديد وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزايدة ؛ وفيما يتعلق بالمال ، فهو العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص : فإذا هلك هذا العقار أو تلف ، انتقل الاختصاص بمرتبه إلى ما حل حلو لا عينياً محل هذا العقار ، من تعويض أو مبلغ تأمين أو غير ذلك :

٤٧٧ - هو التبع : ويستطيع الدائن صاحب حق الاختصاص أن يستعمل ، بمقتضى حقه ، حق التبع في يد الحائز للعقار المفروض عليه حق التبع .

(١) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعلاً ص ٣٦٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٩ - فقرة ٢٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٦٠ .

وللحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار ، أو يخليه ، أو يتحمل
لإجراءات نزع الملكية .

٤٧٨ — قضاء الدين : ويختار الحائز عادة قضاء الدين : إذا كان
الدين أقل من ثمن العقار . ويدفع للدائن صاحب الاختصاص كل ما يجب
دفعه له من دين وملحقات وفوائد ، ويجب دفع كل ذلك لأن الاختصاص
غير قابل للتجزئة .

ويرجع الحائز ، بكل ما يوفيه للدائن صاحب حق الاختصاص ،
على المدين وعلى المالك السابق للعقار ، كما له أن يحل محل الدائن الذي استوفى
الدين فيما له من حقوق .

ويجبر الحائز على دفع الدين في حالتين : (١) إذا كان في ذمة الحائز ،
بسبب امتلاكه للعقار ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين
المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبر الحائز على
الوفاء بحقه . (٢) إذا اتفق الدائنون المقيدون جميعاً على أن يطالبوا الحائز
بدفع ما في ذمته ، بقدر ما هو مستحق لهم .

٤٧٩ — تطهير العقار : ويجوز للحائز تطهير العقار . ويختار عادة
هذا الطريق إذا رأى أن قيمة العقار هي أقل من الديون المضمونة بالقيود .
وقواعد التطهير في الرهن الرسمي^(١) بتطبيق هذا في حق الاختصاص .

ونذكر هنا للتذكرة ، نقلاً عن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢) ،
أن التطهير يمر على المراحل الآتية :

١ — يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلاً للتسجيل . . .
كالمشتري يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة . والشفيع يسجل حكم

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٦ - فقرة ٣٠٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ١١٧ - ص ١٢٠ .

الشفعة ، والموصى له يسجل الوصية . والغرض من ذلك تحديد الحقوق المقيدة على العقار ، بما في ذلك حق الاختصاص ، لأنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مقيد يكون قيده نافذاً في حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل لتسجيل . بأن كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً . فلا سبيل لتسجيل في هذه الحالة . فالحائز الذي ملك بالتقادم عقاراً يستطيع أن يطهر هذا العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل .

٢ - بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار توجيه دائن مقيد إنذاراً له بالدفع أو التخلية ، ويبقى حقه قائماً في التطهير إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع . وأول إجراء في التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدين حقوقهم ، علماً ، يشمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٨٨ . ومن بينها بيان يذكر فيه قيمة العقار التي يقدرها ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه . ولكن يتقيد بالألا يقدر قيمة أقل من السعر الذي يتخذ في تقديم الثمن في حالة نزاع الملكية ، ولا تقل في الوقت ذاته عن الباقي في ذمته من ثمن العقار . ولا يعرض الحائز ما يقدره عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداداه للدفع فوراً متى قبل عرضه ، أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة ، فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه رادته المنفردة .

٣ - وإذا وافق الدائنون المقيدون جميعاً على العرض الذي تقدم به الحائز ، أو سكتوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمي ، اعتبر العرض مقبولاً ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين بحسب مراتبهم ، أو يودعه خزانة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل قيد ويحمى ما عليه من القيود .

أما إذا طلب أحد الدائنين المقيدين ، ويدخل فيهم الدائن صاحب الاختصاص ، أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة ، بيع العقار ، فإن ذلك يكون بإعلان يوجه إلى الحائز في مدى الستين يوماً المشار إليها يطلب فيه عرض العقار للبيع في المزاد ، ولا تشترط زيادة العشر . ولكن يجب على الدائن أن يودع في خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع في المزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزاييد بعطاء أكبر مما عرض . ومنى تقدم أحد الدائنين يطلب بيع العقار على النحو الذي تقدم ، وجب عرض العقار ، في المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء .

٤ - يطرح العقار في المزاد ، وتتبع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية . فإن عرض مزاييد مبلغاً أكبر من القيمة التي عرضها الحائز ، وقد يكون المزاييد هو الدائن الذي طلب البيع أو دائناً آخر أو أجنبياً أو الحائز زاد فيها كان قد عرض ولكن لا يجوز أن يكون المدين ، رسا المزاد عليه . ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذي تقدم به ، المصروفات التي أنفقها الحائز في سند ملكيته ونفقات الإعلانات التي اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك .

وإذا لم يتقدم مزاييد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذي سبق أن عرضه . والمبلغ الذي يرسو به المزاد يودع خزانة المحكمة ، أو يدفع للدائنين بحسب مراتبهم ، فتتقضى الديون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار .

٤٨٠ - تملية العقار : وقد يختار الحائز قضاء الدين أو التطهير ،

لكن يختار تملية العقار حتى لا تتخذ الإجراءات في مواجهته .

ويتخلى الحائز ، لا عن ملكية العقار ولا عن حيازته القانونية ، وإنما عن حيازته المادية وحدها ، للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ في

مواجهته لإجراءات نزع ملكية العقار ، بدلا من اتخاذها في مواجهة الحائز ويكون للحائز طلب التخلية من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخلية ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسو المزاد .

وتكون تخلية العقار بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس ، تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك .

فإذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكا للعقار وحائزاً له حيازة قانونية . وإذا تمت للتخلية وعين حارس للعقار اتخذت إجراءات بيع العقار في مواجهة هذا الحارس ، ولا تختلف الإجراءات عن تلك التي تكون موجهة إلى الحائز نفسه .

ويجوز للحائز أن يدخل في المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه ، كما في حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما في حالة نزع الملكية في مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقلت الملكية من الحائز إلى الراعي عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التي تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز في حالة بيع العقار نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير .

٤٨١ - تحمل إجراءات نزع الملكية : وإذا لم يختار الحائز تطهير

العقار ، ولم يقض الدين ، ولم يتخل عن العقار ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهته .

ويجب لاتخاذ الإجراءات في مواجهة الحائز أن ينذر بالدفع أو التخلية ، بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه ، ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه .
وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات البيع ستتخذ ضد الحائز . لأن المدين هو المسئول الحقيقي عن الدين .

ويجب أن يسجل الإنذار بالدفع أو التخلية ، وأن يوثق بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال ١٥ يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه .

ويستمر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، ونزع ملكية العقار ، وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن تلك التي تتخذ ضد المدين .

٤٨٣ - نصوص مرفقة : وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن ،

في موضوع آثار الاختصاص ، عدداً من النصوص نذكرها هنا .

فقد كانت المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص ، وفى كل حال يجب أن يتم فى نفس اليوم الذى صدر فيه الأمر أو الحكم » .
وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة إذ لا محل له ، لأن القيد موكول ، فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، إلى ذوى الشأن بحرونة فى الوقت الذى يختارونه .

ونصت المادة ١٥٢٢ من المشروع التمهيدى على ما يأتى :

« ١ - يتم القيد بأن يدون فى السجل طلب الاختصاص ، والأمر الصادر به من رئيس المحكمة أو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية » .
« ٢ - ويبدأ القيد ببيان تاريخه ، ويذكر فى هامشه رقمه المتابع » .

ورأى مجلس النواب حذف هذه المادة ، لأنها أدخلت في أعمال القائمين بالشهر .

ونصت المادة ١٥٢٣ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :
« إذا تأخر كاتب المحكمة عن قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي صدر فيه ، كان مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يترتب على تأخره » .

ورأت لجنة المراجعة حذف هذه المادة ، تبعاً لحذف المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدي .

ونصت المادة ١٥٢٤ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :
« ١ - الاختصاصات المتباعدة في يوم واحد على عقار واحد تكون لها نفس المرتبة ، ولا يترتب على الرقم المتتابع ، ولا على الساعة التي تم فيها القيد إذا ذكرت في السجل ، أثر في تفصيل اختصاص على آخر » .
« ٢ - وإذا قيد رهن واختصاص في يوم واحد ، قدم الرهن ، إلا إذا كان المدين قد رتب الرهن إضراراً بحقوق الدائن صاحب الاختصاص » .
وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، إذ قد عدل عن مبدأ تقديم الرهن على الاختصاص ، وجعل الاختصاص كالرهن مرتبته تتحدد بالساعة التي قيد فيها ، فيتقدم على الرهن إذا قيد في نفس اليوم ولكن في ساعة أسبق .

ونصت المادة ١٥٢٥ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :
« إذا كان المدين معسراً وقت قيد الاختصاص ، فلا يجوز للدائن الذي حصل على هذا الحق أن يتمسك به ، حتى لو كان حسن النية ، قبل أي دائن آخر يكون حقه ثابت التاريخ وسابقاً على قيد الاختصاص » .
وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالحكم الوارد في باب الإعسار .

وقد ورد في الإعسار المادة ٢/٢٥٦ مدني على ما يأتي :

« على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » .

الفصل الثايب

إنقاص حق الاختصاص وانقضائه

٤٨٣ — الإِنْقَاصُ وَانْقِضَاؤُهُ : حق الاختصاص ، لأنه صادر بأمر القاضى أو بحكم المحكمة ، لا يبقى ثابتاً على حاله طول مدة بقائه .

فقد يطلب إنقاصه ، إذا كان مبالغاً فيه من أول الأمر ، أو ظهر بعد ذلك أنه مبالغ فيه . وتكون المبالغة فيه حق أول الأمر آتية فى الغالب من أن الحكم الذى أخذ الاختصاص على مقتضاه غير محدد القيمة ، وحددها رئيس المحكمة بما يزيد كثيراً على القيمة التى ظهرت فيما بعد . وتكون المبالغة فيه بعد ذلك آتية فى الغالب من ارتفاع قيمة العقارات ، فترتفع قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص . وقد تأتى من أن المدين يدفع جزءاً من الدين ، فتصبح قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص أكبر بكثير من الجزء الباقى من الدين .

وينقضى حق الاختصاص ، كما ينقضى حق الرهن الرسمى فيما مرّ إما بصورة تبعية ، أو بصورة أصلية .

فتعقد مبحثين ، أولهما لإنقاص حق الاختصاص ، والثانى لانقضائه :

المبحث الأول

إنقاص حق الاختصاص

٤٨٤ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٤ مدني على ما يأتي :

١ - يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب ، إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تريد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين .

٢ - ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين .

٣ - والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص^(١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص هذه المادة ، ما يأتى :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢٦ من المشروع التمهيدى : حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ولكن المشروع كان لا يتضمن الفقرة الثالثة . وأضافت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثالثة ، أخذتها من المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى من صدرها ، وحذفت للباقي من المادة اكتفاء بالقواعد العامة . والباقي من المادة هو ١ - ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه فى هذه الحالة . ٢ - وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة بحسب الأحوال . وأصبح رقم المادة ١١٩٧ فى المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٠ - ١٨٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

« ويجوز إنقاص حق الاختصاص إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً على الدين . ويكون ذلك إما من طريق تظلم المدين من الأمر الصادر من القاضي بإعطاء حق الاختصاص ، أو من طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضى ميعاد التظلم . كما يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالإنقاص ، إذا اختلف فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين ، لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين » .

وكما يجوز للمدين أن يرفع دعوى الإنقاص ، يجوز كذلك لكل ذي مصلحة أن يرفع هذه الدعوى ، مثل ذلك دائن نال في المرتبة للدائن صاحب الاختصاص أو دائن عادي أو حائز للعقار . ومصرفات الدعوى على من خسرها ، أو بقضى بالمقاصة حسب الأحوال . ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص دون حاجة إلى رفع دعوى ، بالاتفاق بين الدائن وطالب الإنقاص . والمصرفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، سواء أجرى باتفاق أو بحكم ، تكون على من طلب الإنقاص ، ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن يكون هو الذي بالغ دون مبرر في أخذ اختصاص على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ويكون إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفي قيمته لضمان الدين « (١) » .

ونتكلم ، فيما يلي ، في المسائل الآتية :

١ - الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص .

٢ - الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص .

٣ - المدعى في الدعوى الأصلية للإنقاص .

٤ - كيف يكون الإنقاص .

٥ - مصروفات الإنقاص .

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٧ ص ١٨٢ .

٦ - الاتفاق بين المدين • الدائن على الإنقاص .

٧ - نصوص حذفت .

٤٨٥ - الأسباب التي تدعو إلى إنقاص من الارتصاص : توجد

أسباب متعددة تدعو إلى طلب إنقاص حق الاختصاص ، نذكر منها
الأسباب الأكثر وقوعاً في العمل وهي ثلاثة :

١ - إذا بالغ الدائن في تقدير دينه بالأكثر ، أو في تقدير عقارات
المدين بالأقل ، وذلك حتى يطمئن إلى صحة تقديراته . وقد وضع المشروع
التمهيدى رقماً يوقف عنده لتقدير ما إذا كانت قيمة العقارات تزيد كثيراً
على الدين ، فتكون كذلك إذا زادت وقت التمد أو بعده بقدر الثلث على
مبلغ الدين أو على ما يتبقى منه . وقد أخذ هذا الرقم عن المشروع الإبطاني ،
ولكن النص حذف ، وترك ذلك للتقدير الحر .

٢ - إذا ارتفعت قيمة العقارات ، فبعد أن كان العقار متناسباً مع
قيمة الدين ، أصبح أعلى من هذه القيمة بكثير ، ووجب في هذه الحالة
إنقاصه .

٣ - إذا دفع المدين فيما بعد جزءاً كبيراً من الدين ، بحيث إذا استنزل
هذا الجزء أصبح الباقي من الدين يقل كثيراً عن قيمة العقارات . ففي هذه
الحالة يتعين إنقاص العقارات المحملة بحق الاختصاص ، حتى تتناسب مع
الباقي من الدين . ويجب إنقاص العقار دائماً كلما دفع المدين جزءاً كبيراً
من الدين .

٤٨٦ - الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإيقاص : وسنرى

فيما يلي المدعى في دعوى الاختصاص ، أي من له مصلحة في طلب
الإنقاص .

وإنما يكفينا هنا أن نحدد الوسائل التي يملكها صاحب المصلحة في طلب
الإنقاص ، حتى يطلبه .

وهذه الوسائل هي : (١) تظلم المدين . (٢) ودعوى أصلية بطلب الإنقاص .

فإذا وجد تفاوت كبير بين قيمة العقار وقيمة الدين منذ البداية ، كان لدى المدين في هذه الحالة وسيلتان لطلب الإنقاص : (١) تظلم المدين ، ما دنا في المرحلة الأولى في طلب الاختصاص ، فيستطيع المدين جعل إنقاص الاختصاص سبباً أساسياً لتظلمه ، وقد فتح له باب التظلم في مبدأ الأمر كما رأينا . (٢) دعوى بالإنقاص : فإن فاته التظلم ، رجع إلى دعوى أصلية يرفعها بطلب الأنقاص .

وإذا وجد التفاوت بين قيمة العقار والدين بعد ذلك ، لم يكن أمام الإنقاص إلا الدعوى الأصلية بالإنقاص دون غيرها . ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص باتفاق ودي بين الدائن وطالب الإنقاص ، في جميع الأحوال . فإذا تم ذلك ، يجب أن يثبت هذا الاتفاق في ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها في هامش ، قيد حق الاختصاص .

٤٨٧ - المدعى في الدعوى الأصلية بالإنقاص : وأغلب ما يتم الإنقاص ، أن يكون بدعوى أصلية يرفعها المدعى . فمن هو المدعى ؟ . أكثر ما يكون هو المدين نفسه ، الذي له المصلحة الأولى في إنقاص حق الاختصاص .

وقد يكون دائناً تالياً للدائن صاحب الاختصاص ، وتكون مصلحته أنه متى ما تم إنقاص حق الاختصاص ، نقص ما يأخذه الدائن صاحب الاختصاص ، والسع تبعاً لذلك ما يأخذه الدائن التالي للدائن صاحب الاختصاص .

ومثل ذلك يقال في الدائن العادي ، فإنه دون شك بعد الدائن صاحب الاختصاص ، فإذا أنقص حق الاختصاص ، اتسع لهذا الدائن العادي بقدر ما ضاق في نصيب الدائن صاحب الاختصاص .

وكذلك الحائز للعقار ، فقد حل محل المدين الذى كان يملك العقار قبله ، وكما أن لمدين مصلحة فى الإنقاص تكون هذه المصلحة أيضاً للحائز .

٨٨ — كيف يكون الإنقاص : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٤ مدنى ، كما رأينا (١) ، ما يأتى :

« ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين » .

فهناك إذن طريقتان لإجراء الإنقاص :

١ — قصر حق الاختصاص على بعض العقارات ، أو على عقار واحد ، أو على جزء من عقار ، بحسب الأحوال . ويؤشر بالإنقاص فى هامش القيد السابق ، فيصبح الاختصاص بمرتبه مأخوذاً على العقارات أو العقار أو جزء من العقار الذى أنقص إليه حق الاختصاص .

٢ — نقل الاختصاص إلى عقار جديد تكون قيمته متناسبة مع قيمة الدين . ويجب أن تكون قيمة هذا العقار ، بعد استئزال ما عليه من قيود سابقة إن كانت ، كافية لضمان الدين . ويمحى القيد السابق الذى كان ضامناً قبل الإنقاص للدين ، ويجرى قيد جديد على هذا العقار الجديد ، يأخذ مرتبه من وقت قيده هو ، لا من وقت قيد الاختصاص الأول .

٨٩ — مصروفات الإنقاص : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدنى ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتى .

« والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو لم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص » .

(١) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

وقد قدمنا (١) أن هذا النص هو مصدر المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي ، وبقية النص ما يأتي :

« ١ - . . . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ٢ - وإذا تقرر الاختصاص بمقتضى حكم ، تكون مصروفات الدعوى على حق خسرهما ، أو يقضى بالمقاصة حسب الأحوال » .

ويبدو أن نص المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي حكمها معقول ، فيمكن العمل بهذا الحكم .

وعلى ذلك ، إذا كان الإنقاص بموجب حكم ، كانت مصروفات الدعوى على من خسرهما . وقد يقضى القاضي بالمقاصة في المصروفات ، بحسب الأحوال .

وإن كان الإنقاص ليس بموجب حكم ، بل كان بالاتفاق أو بناء على تظلم المدين ، تكون المصروفات على من طلب الإنقاص ، المدين أو الدائن التالى أو الدائن العادى أو الحائر ، وذلك ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن بالغ في التقدير من أول الأمر دون مبرر ، فتكون المصروفات على الدائن .

وإذا كان طالب الإنقاص غير المدين ، جاز له الرجوع بالمصروفات على المدين (٢) .

٤٩٠ - اتفاق مع الدائن على الإنقاص : وقد يجرى الإنقاص ، لا بحكم ولا نتيجة لتظلم المدين ، ولكن باتفاق ودى بين طالب الإنقاص والدائن . فينقص الدائن طوعاً من حق الاختصاص ، لا سيما إذا كان هذا

(١) انظر آنفاً فقر ٤٨٤ في الهامش في تاريخ النص .

(٢) سليمان مرقس فقرة ٢١٧ ص ٣٤١ .

الإنقاص نتيجة لارتفاع قيمة العقارات ، أو لأن المدين قد دفع جزءاً كبيراً من الدين .

وقد قدمنا^(١) أنه يجب أن يتم هذا الإنقاص في ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها في هامش قيد حق الاختصاص الأصل . وهذا ما لم تكن نتيجة الإنقاص أخذ اختصاص على عقار جديد . فعند ذلك يجب إجراء قيد جديد . وقد تقدم بيان ذلك^(٢) .

٤٩١ - نصوص حذفت : وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن عدة

نصوص حذفت ، وهذه هي :

١ - كانت المادة ١٥٢٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

« تعتبر قيمة الأعيان التى رتب عليها الاختصاص زائدة عما يكفى لضمان الدين إذا كانت ، وقت القيد أو بعده ، تزيد بقدر الثلث عن قيمة الحقوق المقيدة مع ملحقاتها . أو تزيد على ما يتبقى من هذه الحقوق » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنها لم ترد أن تأخذ كال مشروع الإبطائى بقيمة تقديرية هي الثلث ، بل تركت الأمر للظروف .

٢ - كانت المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :

١ - المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، حتى لو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ٢ - وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة فيها حسب الأحوال . وقد نقلت لجنة المراجعة صدر الفقرة الأولى من هذه المادة إلى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدنى . وحذفت بقية المادة اكتفاء بالقواعد العامة^(٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ .

٣ - كانت المادة ١٥٢٩ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى :
 « ينقضى حق الاختصاص بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى » .
 وقد حذفها لجنة المراجعة ، اكتفاء بتعديل المادة ١٥٢٠ من المشروع التمهيدى^(١) تعديلاً يغنى عن حكم المادة ١٥٢٩ .

المبحث الثانى

انقضاء حق الاختصاص

٤٩٢ - انقضاء حق الاختصاص لانقضاء الرهن الرسمى : ينقضى حق الاختصاص بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى .
 وقد ورد ذلك صراحة فى آخر المادة ١٠٩٥ مدنى ، فقد رأيناها^(٢) تقول :

« ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق وانقضائه » .

٤٩٣ - انقضاء يتم بالاتفاق : فقد يتم انقضاء حق الاختصاص بالاتفاق ، فيتفق الدائن مع المدين مثلاً على انقضاء حق الاختصاص ، ونحو القيد المترتب على وجوده .

٤٩٤ - انقضاء يتم بطريق تبعية : وقد يتم الانقضاء بطريق تبعية كالرهن ، فإذا انقضى الدين المضمون بالاختصاص بوجه من أوجه انقضاء الديون ، انقضى الاختصاص تبعاً لانقضاء الدين .

(٥) وتقابل المادة ١٠٩٥ مدنى وجاء فيها أن انقضاء الاختصاص يكون كانقضاء الرهن الرسمى .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٧ .

٤٩٥ - ابرئيفاء: ثم بطريق أصلي : وقد ينقضي الاختصاص بطريق أصلي ، فينقضي هو وحده دون أن ينقضي الدين .

ويتم ذلك ، كالرهن الرسمي ، بتام إجراءات التطهير ، وبيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ، وبعدد سماح مرتبة الدائن صاحب الاختصاص باستيفاء حقه من العقار .

ويتم كذلك . كالرهن الرسمي ، بزول الدائن عن حق الاختصاص ، وباتحاد الذمة في العقار ، وبهلاك العقار .

الباب الثالث

الرهن الحيازي

تمهيد

٤٩٦ - تعريف الرهن الحيازي : نصت المادة ١٠٩٦ مدني على أن « الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكونه (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢٠ من المشروع المهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً ، وأصبح رقم ١٢٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، استبدلت اللجنة بلفظ « عدل » لفظ « أجنبي » ، فصار للنص ، تحت رقم ١٠٩٦ ، مطابقاً لما استقر عليه في التتمين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩١ - ص ١٩٤) .

التتمين المدني السابق م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضم المدين شيئاً في حيازة دائنه أو في حيازة من اتفق عليه الماقدان تأمينا للدين ، وهذا العقد يعطى الدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتزام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بالامتياز على من بعده .

م ٥٤٨ / ٦٧١ : ويجوز رهن شيء تأمينا لدين على شخص غير الراهن .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني المصري م ١٠٢٨ : رهن المنقول عقد يخصر بمقتضاه شيء منقول ، مادي أو غير مادي ، بتأمين التزام ما . م ١٠٣٠ : ١ - يتم رهن الشيء المادي بأن يسلم المدين - أو شخص آخر بالنيابة عنه - هذا الشيء إلى الدائن تأمينا لدينه ما . ٢ - يجوز أن يسلم الشيء إلى شخص آخر يختاره الفريقان ، أو أن يوضع قيد الحراسة المشتركة على وجه لا يمكن منه الراهن أن يتصرف فيه بهزل عن الدائن . ٣ - ويجوز أن يتم التسليم بأداء سند يحصر في متسلمه حق التصرف في ذلك الشيء . ٤ - وتطبق أيضا على إنشاء رهن المنقول القواعد الخاصة المنصوص عليها في قانون التجارة بشأن حيازة الأستاذ المنشأة لحملها . م ١٠٤٦ : من رهن دين له يسلم المرتهن اسنه المثلث لهذا الدين . م ١٠٥٥ : الرهن عقد يوضع بموجبه المدين عقارا في يد دائن ، أو في يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ، ويحول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع له الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مدينه بالطرق القانونية . م ١٠٥٦ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان التزام بعمل أو عدم عمله .

التقنين المدني الليبي م ١١٠٠ : الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المصدقان ، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يحوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائن العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون .

التقنين المدني العراقي م ١٣٢١ : الرهن الحيازي عقد به يحمل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه ، كالا أو بهضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في أي يد كان هذا المال . م ١٣٢٢ : ١ - يشترط لتنام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون . ٢ - ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . م ١٣٢٣ : ١ - يد العدل كيد المرتهن ، فلو اتفق الراهن والمرتهن على إيداع المرهون عند أمين ، ورضى تأمين وقبض المرهون ، تم للرهن ولزم . ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ، ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل جاز ذلك . ٢ - وليس للعدل أن يسلم المرهون للراهن أو للمرتهن بدون رضا الآخر ما دام الدين باقيا ، وإن أعطاه كان له استرداده ، وإذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته . ٣ - وإذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضى الطرفين ، وإن لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه في يد عدل تختاره .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٠١ : الرهن عقد يضم بموجبه المديون عقارا في يد عدل ، ويحول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مديونه بالطرق القانونية . م ١٠٢ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان موجبات بديل شيء أو بعدم عنه .

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازي تغير عما كان عليه في التقنين المدني القديم . في التقنين المدني القديم ، كان الرهن الحيازي عقداً عينياً « به يضع المدين شيئاً في حيازة دائته أو في حيازة من اتفق عليه العاقدان تأمناً للدين » (م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى مدني قديم) . فكان لا يتم الرهن الحيازي ، إلا إذا وضع المدين الشيء المرهون في حيازة الدائن (أو في حيازة أجنبي يتفق عليه المتعاقدان) . أما في التقنين المدني الجديد ، فتسليم الشيء المرهون لم يعد ركناً في العقد ، بل صار مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه في ذمة المدين ، أي أن الرهن الحيازي أصبح عقداً رضائياً . ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين دون حاجة إلى التسليم ، بعد أن كان في التقنين المدني القديم لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول والتسليم . وفي هذا تقول المادة ١٠٩٦ مدني جديد ، كما رأينا ، « الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن . . . شيئاً . . . » . فواضح من ذلك أن التسليم أصبح الآن مجرد التزام ، ولم يعد ركناً كما في الماضي ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يلاحظ من تعريف الرهن الحيازي أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي في أنه عقد رضائي ، وقد أصبح التسليم فيه التزاماً لا ركناً . . . » (١) .

والى جانب الحيازة وأنها ضرورية فقط لتنفيذ الرهن الحيازي في حق الغير لا لانعقاد الرهن ، يوجد أيضاً الحبس . فالرهن الحيازي ، كما يؤخذ من التعريف المتقدم ، يستلزم أن حبس الشيء المرهون بثبت الدائن المرتهن حتى يستوفى الدين . أما بقية التعريف ، وأن الدائن المرتهن رهن حيازة يستوفى دينه متقدماً ومتبجاً ، فهذه المعاني مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد « رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي . . . في أن العين المرهونة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٣ .

قد تكون عتاراً أو منقولاً ، وفي أن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن في حق الغير ، وفي أن الحبس ثابت للدائن حتى يستوفي الدين . أما ترتيب حق عيني على الشيء المرهون يستوفي بمقتضاه الدائن الدين متقدماً ومتبعاً ، فهذه المعاني مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي^(١) .

ونرى من ذلك أن التعريف جعل فرقاً بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي في الحيازة وأنها التزام في الرهن الحيازي ، وفي الحبس وأنه يبقى لحين استيفاء المرتهن رهن حيازة دينه ، وفي أن الشيء المرهون يصح أن يكون في رهن الحيازة منقولاً أو عقاراً . وفيما عدا ذلك ، من حيث التقدم والتبع ، حكم الرهن الحيازي هو حكم الرهن الرسمي .

٤٩٧ — **فصل في عقد الرهن الحيازي** : ومن خصائص عقد الرهن الحيازي أنه : (١) عقد رضائي يلزم للجانبين (consensuel et synallagmatique) (٢) عقد تابع (accessoire) . (٣) عقد غير قابل للتجزئة (indivisible) .

٤٩٨ — **الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين** : لم يكن الرهن الحيازي عقداً رضائياً في التقنين المدني القديم ، بل كان عقداً عينياً كما قدمنا . فكان لا ينعقد ، إلا إذا تم تسليم الشيء المرهون تسليمياً فعلياً إلى الدائن^(٢) أما في التقنين المدني الجديد ، فقد أصبح الرهن الحيازي عقداً

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٢ .

(٢) الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ المذوق ٢٣ ص ٢١ . وقبل التسليم كان العقد مجرد وعد بالرهن ، فيجوز للقاضي أن يجبر الواعد على تسليم الدين ، ويجوز أن يحكم عليه بتوفير لئلا يتم التسليم (استئناف رطلي ١٩ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١١ ص ٣٦٧) .

ولكنه لا يكون رهناً إلا من تمت تسليم الشيء إلى الدائن (بون فقررة ١٠٦٤ — جيوار فقرة ٢٠ — بوردري وندق لوران فقررة ١) ، لا قبل ذلك (استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣٦) .

رضائياً ، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، ولا ضرورة لتسليم الشيء المرهون إذ التسليم التزام لا ركن (١) .

وكان الرهن الحيازي ، عند ما كان عقداً عينياً في التقنين المدني القديم وكان تسليم الشيء المرهون ركناً لا التزاماً ، يعتبر في الغالب عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب الدائن المرتهن . فإن هذا الدائن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره ورده عند انقضاء الرهن وتقديم حساب عن ذلك ، أما المدين فكان لا يلتزم حتى بالتسليم لأن التسليم كان ركناً لا التزاماً (٢) . أما في التقنين المدني الجديد ، فلا شك في أن الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين ، إذ إلى جانب التزامات الدائن المرتهن التي سبق ذكرها يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة ، منقولاً أو عقاراً ، إلى الدائن المرتهن ، فقد أصبح التسليم التزاماً في ذمة المدين لا ركناً في العقد . فيختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في ذلك ، فإن الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم بشيء (٣) .

٤٩٩ - الرهن الحيازي عقد تابع : فهو يستلزم وجود التزام أصلي يضمه ، شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص . وهذا الالتزام الأصلي ، إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو انقضى ، يتبعه الرهن الحيازي في ذلك فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضاً (٤) .

(١) وقبل اتسليم يتم الرهن الحيازي ويترتب الحق العيني ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على العين المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يقدم ولا يتبع لأن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٥١) .

(٢) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٧ - جيوار فقرة ٢١ .

(٣) انظر محمد كامل مرسى فقرة ٢٢ وفقرة ٢٧٤ .

(٤) استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ - ولكن لا يترتب على بطلان الرهن الحيازي ذاته أو قابليته للإبطال أو انقضاءه

وإذا كان الالتزام الأصلي تجارياً ، كانت المنازعات الخاصة بانعقاد الرهن وتنفيذه من اختصاص المحكمة التجارية ، ولو كان من قرر الرهن ليس بتاجر^(١) . ولا يشترط في الرهن التجارى شكل خاص ، ويجوز إثباته بجميع طرق الإثبات^(٢) .

والالتزام الأصلي الذى يضمه الرهن الحيازى يصح أن يكون محله ، كما هو الغالب ، مبلغاً من النقود . ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، أو بنقل حق عيني^(٣) .

وبصحة أن يكون الالتزام الأصلي مقروناً بأجل ، أو معلقاً على شرط . وعند ذلك يكون الرهن الحيازى ذاته مقروناً بنفس الأجل ، أو معلقاً على نفس الشرط .

— أن يكون الالتزام الأصل مثله ، فقد يكون الالتزام الأصل فى هذه الحالة صحيحاً قائماً ، لأن الالتزام الأصل متبوع لا تابع والمتبوع قد يبنى مع زوال التابع (بودرى ودى لوان فقرة ٩) .

وإذا كان الرهن غير المدين ، أى كان كفيلاً عينياً ، فلكفيل المبنى أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به ، وأن يتمسك أيضاً بأوجه الدفع المتعلقة بالالتزام الأصل من بطلان أو انقضاء حتى لو نزل المدين عنها (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢) . وقد نصت المادة ١٠٩٨ مدنى على أن المادة ١٠٤٢ مدنى تنرى على الرهن الحيازى ، وتنص المادة ١٠٤٢ مدنى على ما يأتى : ١ - لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابِعاً له صحت وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . ٢ - وإذا كان الرهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك به من أوجه الدفع الخاصة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين .

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٦ - بون فقرة ١٠٦٠ - جيوار فقرة ١٩ - بودرى ودى لوان فقرة ٩ - دى هلتس فقرة ٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ - استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٢٩ .

(٢) استئناف مخطط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) بودرى ودى لوران فقرة ١٠ - بلانيرول وريبير وبيكيه فقرة ٧٥ .

وفي أكثر الأحوال ، يضمن الرهن الحيازي قرضاً كالتزام أصلي ، ولكن قد يعقد الرهن الحيازي لضمان التزامات ناشئة عن بيع أو إجازة أو شركة أو أي عقد آخر (١).

وقد يضمن الرهن الحيازي التزاماً أصلياً هو التزام مستقبل أو احتمالي (٢) ، كالتزام الناتج من فتح اعتماد (٣) ، ويسقط الرهن إذا كان الالتزام الأصلي لا يتولد (٤) . وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدني (٥) على ما يأتي : « يجوز أن يترتب ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين » (٦).

٥٥٥ - الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة : وتنص المادة ١٠٤١

مدني (٧) على ما يأتي :

« كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل

(١) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٤٩ .

(٣) استئناف مخطط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٤) جيوار فقرة ١٤٣ - بودري ودي لوان فقرة ١٠ - بلانيول وريبير وبيكيه

فقرة ٧٥ - دي هلتس فقرة ٥ - هالتون ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

(٥) وتنطبق على الرهن الحيازي بموجب المادة ١٠٩٨ مدني .

(٦) ويجوز أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً يعقده دين ناقص الأهلية وفي هذه الحالة يكون الرامن كفيلاً حينئذ ، كما يجوز أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً طبيعياً ولكن يكون التزام الرامن التزاماً طبيعياً كذلك ولا يمكن إجبار الرامن على تنفيذه (بودري ودي لوان فقرة ١٠ - چوسران ٢ فقرة ١٥١٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٤) .

(٧) وهي متعلقة بالرهن الرسمي ولكنها تسمى على رهن الحيازة بموجب المادة

١٠٩٨ مدني .

جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك .

فإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي جزءين متساويين ، وكان الشيء المرهون عقاراً أو منقولاً متساويي القيمة ، كان كل جزء من الدين مضموناً بكل الرهن ، وكان كل جزء من الرهن ضامناً لكل الدين .

فلو قسم الدين المضمون إلى جزئيه المتساويين وحول كل جزء منهما إلى شخص ، لم يجوز لأى شخص من الشخصين المحال لهما أن يدفع نصف الدين ليخلص جزءه ، بل إن جزءه مضمون بكل الرهن لا بنصفه فقط ، وما لم يدفع كل الدين وبقي منه نصفه مثلاً ، فإن الرهن كله يبقى ضامناً لهذا النصف الذى لم يدفع .

ولو قسم الشيء المرهون ، فأعطى العقار لشخص والمنقول لآخر ، ودفع من أخذ المنقول نصف الدين ، لم يخلص منقوله بذلك ، بل يبقى مرهوناً على نصف الدين الذى لم يدفع .

وهكذا يصدق القول بأن كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن ، وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين ، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة^(١).

وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن (sa nature) لا من مستلزماته (non de l'essence) ، فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض المرهون يتخلص بوفاء بعض الدين^(٢).

(١) وإذا ضاع بعض المرهون أو ملك ، فإن الباقي من المرهون يبقى مرهوناً فى كل الدين (دعوى هلنس فقرة ٨) . وينبئ هل عدم قابلية الرهن للتجزئة أن دعوى بطلان الرهن تكون أيضاً غير قابلة للتجزئة ، فلا يجوز أن يستقل برفنها بعض المدينين دون بعض (نقض فرنسى ٢٨ أبريل سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢١٩) .

(٢) لوران فقرة ٥٠٣ - جيوار فقرة ٦٢٧ - بودرى ودى لوان فقرة ١٠٣ - نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٣٠٧ .

٥٠١ - الرهن الحيازي والرهن الرسمي : يختلف الرهن الحيازي عن

الرهن الرسمي فيما يأتي :

١ - من حيث العقد : الرهن الحيازي عقد رضائي فلا تشترط فيه الرسمية ، فأى إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي يكفيان في عقد الرهن الحيازي . أما الرهن الرسمي ، فقد رأينا أنه يشترط فيه أن يكون العقد رسمياً ، فلا ينعقد بعقد عرفي .

٢ - من حيث المحل : محل الرهن الحيازي يصح أن يكون عقاراً وأن يكون منقولاً ، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً . أما الرهن الرسمي ، فلا يكون محله إلا عقاراً ، ولا يقع على منقول ، ولذلك يكون القيد ضرورياً في الرهن الرسمي ليكون الرهن نافذاً في حق الغير ، ولا يرهن منقول رهناً رسمياً .

٣ - من حيث المضمون : يخول الرهن الحيازي حبس الشيء المرهون ، منقولاً كان أو عقاراً ، حتى يستوفى الدائن دينه . أما الرهن الرسمي ، فلا يخول الدائن حق الحبس ، وكل ما للدائن إذا حل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهناً رسمياً ، متقدماً ومتتبعاً .

٤ - من حيث الحيازة : في الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشيء المرهون ، منقولاً كان أو عقاراً ، للدائن المرتهن (أو أجنبي) يحافظ عليه ويديره ويستغله . أما في الرهن الرسمي ، فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن ، ولا ينتقل منه إلى أحد .

وبشرك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي فيما يأتي :

١ - كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي لا ينشأ إلا من عقد . فلا ينشأ بحكم كما في الاختصاص ، ولا بنص في القانون كما في حقوق الامتياز .

٢ - كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً عينياً ، أى سلطة مباشرة على مال معين ، فينفذ قبل الكافة .

٣ - كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً تبعياً ، فينبع الحق المضمون وجوداً وعدمياً . ويجوز للراهن أن يتمسك قبل المرتهن بكل الدفعات التى تؤثر فى الحق المضمون (١) .

٤ - كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً لا يتجزأ ، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله ، حتى يستوفى كل الدين المضمون (٢) .

٥ - كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يخول الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة ، مستعملاً فى ذلك حتى التقدم والتتبع .
وواضح أن عقد الرهن الحيازي سبق عقد الرهن الرسمي فى الوجود .
فعقد الرهن الحيازي موجود فى الشرائع القديمة ، وكان بعض هذه الشرائع لا يعرف الرهن الرسمي . وقد عرفت الشريعة الإسلامية رهن الحيازة ، وكانت الحيازة تنتقل فيه بدلا من انتقال الملكية التى كانت تنتقل فى أول الأمر ، ولا تكاد الشريعة الإسلامية تعرف الرهن الرسمي .

٥٠٢ - **الرهن الحيازي فى مصر :** وبالرغم من تفوق الرهن الرسمي على الرهن الحيازي ، إلا أن الرهن الحيازي لا يزال محتفظاً ببعض المزايا . فالرهن الحيازي لا يحتاج إلى رسمية فى عقده ، ويحتاجها الرهن الرسمي . والرهن الحيازي يرد على العقار وعلى المنقول ، فى حين أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار فلا يرد على منقول .

(١) وإذا تقرر بطلان الدين بسبب عدم أهلية المدين ، فإن الرهن المقدم من غير المدين تأميناً لهذا الدين يبطل قبلاً لذلك ، ويتعين رد المرهون إلى الراهن (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩) .

(٢) استئناف وطنى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ رقم ٤٠٤ ص ٤٥٩ - استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

هذه المزاي ، وإلى جانبها بل أهم منها ألفة الناس ، وبخاصة في الريف ، التعامل بالرهن الحيازي أكثر من التعامل بالرهن الرسمي ، جعلت رهن الحيازة لا يزال في ازدهار إلى اليوم ، لا سيما بين الفلاحين حيث يعتبر رهن الحيازة من أهم وسائل الائتمان . فحيازة المال المرهون واستثماره والاحتفاظ بغلته خصما من الفوائد وأصل الدين ، يعلق عليها الدائنون في الريف أهمية كبيرة . فينتقل إلى الدائن تكليف العقار المرهون ، ويوفر ذلك عنده مزيداً من الطمأنينة . ويستغل المال المرهون ، حتى يستوفي من غلته دينه ، ثم يرده بعد استيفاء الدين .

ولاشك في أن رهن الحيازة لا يزال له مكان مرموق ، ولن يزول هذا المكان إلا إذا توافر لدى الفلاح من الإدارة المنظمة ومن التخصص في المطالبة والتنفيذ ما يجعله في غير حاجة إلى حيازة المال المرهون . وعند ذلك يرجح الفلاح الرهن الرسمي على رهن الحيازة ، أسوة بالمصاريف وبالبيوت المالية الكبيرة .

وقد أخذ الرهن الرسمي في الانتشار ، بعد أن أنشئت مأموريات كثيرة لتوثيق العقود الرسمية في جميع البلاد ، وبعد أن أصبح الرهن الحيازي العقاري خاضعاً للقيد كالرهن الرسمي (١) .

٥٠٣ - نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية : وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في النظرة العامة بشأن رهن الحيازة ، ما يأتى :

دلم يلتزم التقنين الحالى (السابق) في ترتيب نصوص رهن الحيازة منطقاً ظاهراً ، أما المشروع فقد رتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً ، فبسط القواعد العامة لرهن الحيازة متوخياً نفس الترتيب الذى اتبعه في الرهن الرسمي . وفي حق الاختصاص ، بأن ذكر أركان الرهن ، ونحوه بالذات

الراهن والمال المرهون والدين المضمون . وأحال في كثير من هذه المسائل على أحكام الرهن الرسمي . ثم بسط آثار الرهن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير . فذكر في آثار الرهن فيما بين المتعاقدين التزامات الراهن والتزامات المرتهن ، ويتبين من ذلك أن رهن الحيازة عقد ملزم للجانبين في حين أن الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد . أما في آثار الرهن بالنسبة للغير ، فقد عرض المشروع كما يترتب على رهن الحيازة من الحق في الحبس وفي التقدم والتبعية . وانتهى بالأسباب التي ينقضى بها الرهن . بصفة تبعية أو بصفة أصلية . ثم عرض المشروع بعد ذلك للقواعد الخاصة بالرهن إذا وقع على عقار أو على منقول أو على دين . »

« وقد استحدث المشروع نصوصاً أدخل بها كثيراً من التعديلات على أحكام التقنين الحالي (السابق) وتدارك بها وجوه النقص والاقتضاب في هذه الأحكام ، ويتلخص أهمها فيما يأتي : »

« ١ - جعل المشروع رهن الحيازة عقداً رضائياً ، وهو عقد عيني في التقنين الحالي (السابق) . »

« ٢ - أخضع المشروع رهن الحيازة لنظام القيد ، وهو خاضع في التقنين الحالي (السابق) لنظام التسجيل . ونظام القيد لرهن الحيازة خير بكثير من نظام التسجيل ، لأن القيد يجدد كل عشر سنوات كما تقدم . فيمكن عند البحث عما يثقل العقار من رهون الحيازة ، أن يقتصر البحث على عشر سنوات كما هو الأمر في الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وكلها خاضعة لنظام القيد . »

« ٣ - بين المشروع بعض أحكام الكفيل العيني الذي قدم رهنًا حيازياً ، فقرر أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن ، ويكون له حق الدفع بالتجريد . ويجوز له التمسك بما للمدين من الدفوع . »

« ٤ - بين المشروع بوضوح ما هي التزامات الراهن . فهو يضمن

الرهن ، ولا يجوز أن يأتي عملاً ينقص من قيمته ، ويضمن هلاك الشيء المرهون على النحو المقرر في الرهن الرسمي .

٥ - يسر المشروع كثيراً من إجراءات بيع الشيء المرهون إذا كان منقولاً ، فأجاز بيعه بسعره في البورصة أو السوق حتى قبل حلول الدين إذا كان مهدداً بالهلاك أو عرضت فرصة ملائمة للبيع . بل يجوز للدائن أن يطلب من القاضي أن يأمر بتخليكه المنقول وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء .

٦ - طبق المشروع أحكام الرهن في حالة ما إذا كان الشيء المرهون ديناً ، فعرض لتفصيلات هامة لا نجدها في التقنين الحالي (السابق) « (١) » .

٥٠٤ - **مطالبة البحث :** وسنبحث الرهن الحيازي ، على النحو الذي اتبعناه في الرهن الرسمي ، في فصول ثلاثة ، ونزيد فصلاً رابعاً كما فعل التقنين الجديد نتكلم فيه في بعض أنواع الرهن الحيازي إذا وقع على عقار أو منقول أو دين .

وعلى ذلك نعقد فصولاً أربعة :

- ١ - الفصل الأول - إنشاء الرهن الحيازي .
- ٢ - الفصل الثاني - آثار الرهن الحيازي .
- ٣ - الفصل الثالث - انقضاء الرهن الحيازي .
- ٤ - الفصل الرابع - بعض أنواع الرهن الحيازي (العقار والمنقول والدين) :

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التشريعية ، ص ١٨٩ - ١٩٠ .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

٥٠٥ - عقد الرهن الحيازي عقد رضائي - أركانه : رأينا أن عقد الرهن الحيازي ، بعد أن كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، أصبح الآن في التقنين المدني الجديد عقداً رضائياً ، بنعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي ، دون حاجة إلى رسمية في الرهن الرسمي ، ودون حاجة إلى نقل الحيازة كما في التقنين المدني السابق وقد أصبح نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد التزاماً في العقد لا ركناً فيه . ويلفت النظر في رهن الحيازة أركانه ، وهي :

- ١ - المتعاقدان ، وهما الراهن والدائن المرتهن .
 - ٢ - المال المرهون ، وقد يكون عقاراً أو منقولاً .
 - ٣ - الدين المضمون ، وهو كالدين المضمون في الرهن الرسمي .
- فتتكم في إيجاز في كل من هذه الأركان الثلاثة ، ونعقد لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

المتعاقدان

٥٠٦ - الراهن قد يكون المدين أو كغيره عينياً : في أغلب الأحوال يكون الراهن هو نفس المدين ، برهن شيئاً من ماله رهن حيازة تأمناً لقرض حصل عليه أو تأمناً لأي التزام آخر ثبت في ذمته .

وقد يكون الراهن غير المدين ، فيكون كفيلاً عينياً برهن مالا له ضماناً لا التزام ليس في ذمته هو ، بل في ذمة أجنبي يكون هو المدين . وفي هذه الحالة ينعقد رهن الحيازة بين الدائن المرتهن والراهن الذي هو كفيل عيني . ويوجد إلى جانبها المدين . والمدين هنا ليس طرفاً في عقد رهن الحيازة . فطرفاه هما الدائن المرتهن والراهن أى الكفيل العيني ، وإنما هو شخصر أجنبي عن رهن الحيازة وقد ثبت في ذمته الدين الأصلي الذي يضمنه رهن الحيازة ولذلك سمي بالمدين .

٥٠٧ — تطبيق القواعد العامة بالنسبة إلى الدائن المرتهن : والدائن

المرتهن في رهن الحيازة متروك للقواعد العامة . ولما كان رهن الحيازة عقداً ملزماً للجانبين ، فالدائن المرتهن وهو أحد جانبي العقد يكون ملتزماً . ومن ثم يكون رهن الحيازة بالنسبة إلى الدائن المرتهن عقداً بدور بين النفع والضرر ، بخلاف الرهن الرسمي فالدائن المرتهن فيه لا يلتزم ولذلك يكون الرهن الرسمي نافعاً له نفعاً محضاً^(١) .

وعلى ذلك يجب أن يكون الدائن المرتهن في رهن الحيازة كامل الأهلية ، لأن الارتهان حيازة فيها معنى استيفاء الدين . وإذا كان الدائن المرتهن حيازة صبيهاً ممزاً أو كان في حكمه ، كان العقد قابلاً للإبطال . فيجب إذن أن يكون الدائن المرتهن حيازة بالغاً من الرشد ، غير محجور عليه .

ويستوى في ذلك أن يكون الدائن المرتهن قد تعاقد مع المدين الراهن ، أو تعاقد مع راهن غير المدين أى تعاقد مع كفيل عيني .

٥٠٨ — الراهن يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية : والراهن

حيازة يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية ، أى بالغاً من الرشد غير محجور عليه . ذلك لأنه يلتزم إذ رهن الحيازة ملزماً للجانبين ، فـ رهن الحيازة

(١) انظر آتياً فقرة ١٣١ .

بالنسبة إلى الراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً ، عقد بدور بين النفع والضرر (١) .

٥٠٩ - الراهن يجب أن يكون مالكا للشيء المرهون وأهلاً للتصرف فيه :

وقد كانت المادة ١٥٣١ من المشروع انتمهيدى تنص على ما يأتى :

« ١ - يشترط فيمن يرهن شيئاً : ضمناً لدين عليه أو لدين على غيره ، أن يكون مالكا للشيء المرهون وأهلاً للتصرف فيه . ٢ - الرهن الحيازى لمال الغير تسرى عليه الأحكام الخاصة بالرهن الرسمى لمال الغير ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة برهن المنقول » (٢) .

وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى على ما يأتى : « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ . . . المتعلقة بالرهن الرسمى » . وتنص المادة ١٠٣٣ مدنى على ما يأتى : « ١ - إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى . . . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ٢ - ويقع باطلا رهن المال المستقبل » .

فتكلم إذن ، فى إنجاز . فى المسائل الآتية : (١) وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكا للمال المرهون . (٢) رهن ملك الغير رهن حيازة ، (٣) رهن المال المستقبل رهن حيازة . (٤) رهن المالك الظاهر رهن حيازة . (٥) أهلية الراهن حيازة لتصرف فى المال المرهون .

٥١٠ - وجوب أنه يكون الراهن حيازة مالكا للمال المرهون : لما

(١) انظر ما يلى فقرة ٥١٤ .

(٢) وقد رأت لجنة المراجعة حذف المادة ١٥٣١ ، اكتفاء بما تنص عليه المادة ١٥٤٣

من مريان المادة ١١٢٨ . المتعلقة بالرهن الرسمى على رهن الحيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية

٧ ص ١٩٢ فى المشر) .

كان رهن المال حيازة هو بمثابة التصرف فيه ، ولما كان المتصرف يجب أن يكون مالكا للمال المتصرف فيه ، لذلك يجب أن يكون الراهن حيازة لمال معين مالكا لهذا المال (١) .

وقد يكون الراهن حيازة مالكا تحت شرط ، فاسخ أو واقف . فإذا كان مالكا تحت شرط فاسخ ، ولم يتحقق الشرط ، فإن الراهن يصبح مالكا بشكل بات لعدم تحقق الشرط ، وكذلك رهنه يصبح باتا هو أيضا . أما إذا تحقق الشرط ، فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعي ، ويعتبر غير مالك للمال من أول الأمر . فيزول رهنه بأثر رجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . وإذا كان الراهن مالكا تحت شرط واقف ، ولم يتحقق الشرط ، فإن الراهن يعتبر غير مالك أصلا لعدم تحقق الشرط ، فيزول رهنه بأثر رجعي . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر مالكا بأثر رجعي من أول الأمر ، ويعتبر رهنه صحيحا كذلك من أول الأمر .

ومتى كان الراهن هو المالك للمال المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه إذا كان كامل الأهلية . فإذا لم يكن كامل الأهلية ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهن المال نيابة عن مالكه بالشروط التي قررها القانون لذلك (٢) .

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن مالا معيناً له رهن حيازة ، ويجب لذلك توكيل خاص فإن رهن الحيازة من أعمال التصرف .

(١) استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ - ٢ مارس سنة ١٩٠٥

م ١٧ ص ١٥٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ .

(٢) فإذا كان النائب أبا للراهن الصغير ، كان للأب رهن مال ولده دون إذن المحكمة ، إلا ما تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه من عقار أو محل تجارى أو أوراق مالية فيجب إذن المحكمة في رهنه (م ٧ قانون الولاية على المال) . وأجد والوصى والقيم ليس لهم أن يرهنوا مال الصغير ومن في حكمه رهن حيازة إلا بإذن المحكمة (المواد ٦٥ و ٢٦ و ٤٠ و ٧٨ من قانون الولاية على المال) . (سليمان مرقس فقرة ٢٢٨ ص ٣٥٣) .

وقد يكون الراهن غير مالك للمال المرهون حيازة ، فيكون رهنه إياه قابلاً للإبطال ، وسنرى ذلك في رهن ملك الغير رهن حيازة :

٥١١ - رهن ملك الغير رهن حيازة : قررنا فيما تقدم^(١) أن المادة

١٠٣٣/ مدني التي تنطبق على الرهن الرسمي تنطبق أيضاً على رهن الحيازة ، وأن الفقرة الأولى منها تنص على ما يأتي : « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي . . . » ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن .

ويفهم من هذا النص أن رهن ملك الغير رهن حيازة لا يكون باطلاً ، بل إنه يكون قابلاً للإبطال . إذ يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ، ويصبح صحيحاً كذلك من الوقت الذي يصبح فيه هذا المال مملوكاً للراهن . ورهن مال الغير هو غير رهن المال المستقبل . فرهن مال الغير هو رهن لمال لا يملكه الراهن حيازة ، وهو مال معين بالذات رهنه غير ماله لا اعتقاده أن المالك سيقدر الرهن ، أو لأن الراهن سيبسعى حتى يصبح المال مملوكاً له وعلى هذا يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبل فهو رهن مال غير معين بالذات ، بل هو رهن لما عسى أن يملكه الراهن في المستقبل ، فيكون باطلاً لا قابلاً للإبطال . وقد أراد المشرع بجعل رهن مال معين غير مملوك للراهن قابلاً للإبطال لا باطلاً ، أن يوحد في الحكم بين بيع مال الغير ورهن مال الغير ، كلاهما قابل للإبطال ، لوحدة العلة ولا نساق التشريع^(٢) .

فحكم رهن عقار الغير رهناً رسمياً ، وحكم رهن مال الغير رهن حيازة ، وحكم بيع مال الغير ، واحد في كل من هذه المعاملات ، وهو القابلية للإبطال .

(١) انظر فقرة ٥٠٩ .

(٢) انظر في ذلك أيضاً فقرة ١٢٠ وكذلك ما سبق أن قدمناه في الرهن الرسمي .

والقابلية للإبطال في رهن مال الغير رهن حيازة هي لمصلحة الدائن المرتهن ، لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن فيبطل ، ويجوز له أن يجيز الرهن فيصبح الرهن صحيحاً . ومتى أصبح الرهن صحيحاً بإجازة الدائن المرتهن ، فإنه لا يسرى في حق مالك المال الذي يبقى أجنبياً عن العقد ، ولا ينشأ رهن الحيازة إلا إذا أقر المالك لمقد الرهن أو إذا أصبح الراهن مالكا للمال المرهون من وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهن حيازة ينشأ أولاً قابلاً للإبطال^(١) . ويبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازته ، فإنه ينقلب صحيحاً ولا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله . ولكنه لا ينشئ حق رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز عند ذلك للدائن المرتهن أن يطلب فسخ عقد رهن الحيازة ضد الراهن ، فإذا فسخ الرهن زال بأثر رجعي . ويجوز كذلك أن يقر المالك الحقيقي الرهن الحيازي ، وعندئذ لا يصبح فحسب الرهن الحيازي صحيحاً . بل أيضاً ينشئ حق رهن حيازة من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية المال المرهون إلى الراهن . وعند ذلك يصبح العقد صحيحاً من وقت انتقال الملكية إلى الراهن ، ومن ذلك الوقت أيضاً ينشأ على المال المرهون حق رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن^(٢) .

(١) وقد يرهن الشخص منقولاً غير مملوك للراهن ، ولكن المرتهن يكون حسن النية ويعتقد أن المنقول مملوك للراهن ، فيثبت للمرتهن حق رهن حيازة على المنقول إذا تسلمه ، لا بموجب عقد الرهن ، ولكن بموجب الحيازة لأن الحيازة في المنقول سند الملكية وسند للرهن (استئناف مخلاط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - وانظر أيضاً استئناف مخلاط ١٠ شابر سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١١١) .

(٢) انظر آنفاً في الرهن الرسمي فقرة ١٣٨ .

والعلة في قابلية رهن ملك الغير رهن حيازة للإبطال هي منفاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، وكما في الرهن الرسمي^(١) لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن الحيازة . وقد وجد هذا النص في المادة ١٠٣٣ التي تنطبق على الرهن الرسمي وعلى الرهن الحيازي ، فلا بد إذن من القول بأن رهن ملك الغير رهن حيازة قابل للإبطال ، وهذه القابلية للإبطال لا تستمد من القواعد العامة بل أنشأها نص تشريعي صريح واستند في إنشائها إلى علة معقولة^(٢) .

٥١٢ - رهن المال المستقبلي رهن حيازة : وتنص الفقرة الثانية

من المادة ١٠٣٣ مدني ، التي تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمي كما سبق أن قدمنا^(٣) ، على ما يأتي :

« ويقع باطلا رهن المال المستقبلي » .

وقد سبق أن بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبلي ، فإذا كان الرهن واقعاً على مال غير معين بالذات فهذا هو رهن المال المستقبلي . كما إذا رهن شخص ما يوئول إليه من مال غير معين بالذات عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية^(٤) .

ورهن المال المستقبلي رهن حيازة ، كرهنه رهنأ رسمياً ، باطل لا قابل للإبطال .

وعلة بطلان رهن المال المستقبلي بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للمال المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلاً للإبطال ، ولكن العلة هي عدم تعيين المال المرهون تعييناً كافياً . وقد أراد المشرع

(١) انظر آنفاً فقرة ١٣٨ .

(٢) انظر في الرهن الرسمي فقرة ١٣٨ وانظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٠٩ وفقرة ٥١١ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥١١ .

خاية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل ، فإذا كان المال معيناً تعييناً كافياً ولكنه غير مملوك للراهن فإن الرهن يكون رهن ملك الغير ويكون قابلاً للإبطال فقط .

فرهن المال المستقبل إنما يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن المال غير معين بالذات ، لا لأنه غير مملوك للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلاً بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات وكان لا يملك المال المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ومن ثم يكون قابلاً للإبطال^(١) .

٥١٣ - رهن المالك الظاهر رهن حيازة : قدمنا في الرهن الرسمي أن

المالك الظاهر للمال ليس بمالك حقيقي له ، فيكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . وكان مقتضى ذلك اعتباراً الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلاً للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي ، وما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية المال المرهون للراهن لا ينشأ حق رهن الحيازة .

ولكن هذه القواعد لا تنطبق هنا ، كما رأيناها لا تنطبق في عقد الرهن الرسمي^(٢) . ذلك لأن المالك الظاهر ، وإن كان غير مالك حقيقي ، يظهر أمام الناس كافة أنه هو المالك الحقيقي . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة وسمح للغير بحسن النية أن يتمسك بها .

وقد قررنا في الرهن الرسمي أن هناك فئات ثلاثاً للمالك الظاهر ، الوارث الظاهر والمالك الظاهر بسند صوري والمالك الظاهر كاسم مستعار .

١ - الوارث الظاهر : ورهن الحيازة الذي يرتبه الوارث الظاهر يكون رهناً صحيحاً ، لا رهناً قابلاً للإبطال . ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك

(١) انظر في الرهن الرسمي آتياً فقرة ١٣٩

(٢) انظر آتياً فقرة ١٤٠ .

هذا الرهن ما دام أنه كان وقت أن ارتهن حسن النية ، أى يعتقد أن الوارث الظاهر إنما هو الوارث الحقيقى . وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ، لا فحسب ضد وارث الظاهر . بل أيضاً ضد الوارث الحقيقى (١) .

٢ - المالك الظاهر بسند صورى : وسند ملكية هذا الملك الظاهر هو عقد صورى . كبيع أو هبة . فإذا باع شخص لآخر مالا بعقد صورى متخذاً ورقة ضد هى العقد الحقيقى . فإن المشتري بعقد صورى يظهر أمام الناس كافة أنه اشترى بعقد حقيقى وأن المال المبيع أصبح ملكاً له ما دام قد سجل العقد إذا كان المال عقاراً . فإذا رهن ما اشتراه والناس تعتبره مالكا له ، كان رهنه صحيحاً إذا كان الدائن المرتهن حسن النية ، أى يعتقد أن الراهن هو المالك الحقيقى . فالمالك الظاهر بسند صورى من حق الناس حسنى النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقى ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس . فرهنه الحيازى صحيح والدائن المرتهن حسن النية له أن يتمسك بهذا الرهن ، لا فحسب ضد هذا المالك الظاهر ، بل أيضاً ضد المالك الحقيقى حامل ورقة الضد . وإذا رهن المالك الحقيقى المال ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصورى هو الذى يفضل (٢) .

٣ - المالك الظاهر كاسم مستعار : وهذا أيضاً مالك ظاهر ، كما إذا اشترى الوكيل ، باسمه هو لا باسم موكله ، مالا متفقاً مع موكله على ذلك . فالوكيل يصبح مالكاً للمال أمام الناس كافة ، وهو اسم مستعار (prête nom) لا مالك حقيقى . فإذا ارتهن شخص حسن النية المال ، معتقداً أنه يرهنه من مالكة الحقيقى ، كان رهن الحيازة صحيحاً ، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقى (٣) .

(١) انظر فى الرهن الرسمى فقرة ١٤٠ .

(٢) انظر فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) انظر فى الرهن الرسمى آنفاً فقرة ١٤٠ .

٥١٤ - أهلية الراهن حيازة للتصرف في المال المرهون : ولا يكفي

أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون ، بل يجب أيضاً أن يكون أهلاً للتصرف فيه . فالرهن الحيازي عمل من أعمال التصرف ، فيجب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف في المال المرهون . ويشترط في الكفيل العيني ، كما يشترط في المدين الراهن ، أن يكون هو أيضاً أهلاً للتصرف في المال المرهون .

فإذا كان الراهن هو المدين ، اعتبر رهن الحيازة تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن ماله بل هو يبغي من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه . وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المدين الراهن أهلية التصرف ، فيجب كما تقدم القول أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليّه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد رهن الحيازة نيابة عنه بعد أخذ إذن المحكمة ، فيما عدا الولي الأب فيما لا يتجاوز قيمته ٣٠٠ جنيه من عقار أو أوراق مالية أو عمل تجاري فلا ضرورة لأخذ إذن المحكمة .

ويسقط حق إبطال رهن الحيازة بالتقادم ، بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدني) ، فيصبح الرهن صحيحاً بآثر رجعي من وقت نشوئه ، ويحتج به على من كسب حقاً عينياً على المال المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم .

أما إذا كان الراهن كفيلاً عينياً ، فيجب ، كما في المدين الراهن ، أن يكون مالكاً للمال المرهون وأهلاً للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل ، لأن الكفيل العيني لا ينتفع عادة بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره ، فيكون عمله في العادة من أعمال التبرع .

ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع . لا أهلية التصرف
فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه ..
فإذا كان قاصراً ، مميزاً أو غير مميز . أو كان محجوراً عليه ، ولو لسفه
أو غفلة ، ورهن ماله ككفيل عيني . كان الرهن باطلاً لا قابلاً للإبطال ،
لأنه يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه . كذلك لا يجوز . وهو
قاصر أو محجور عليه . أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو
أو القيم عليه ماله رهن حيازة ضماناً لالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان
الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ولو كان ذلك بإذن المحكمة . لأن النائب
لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . وإذا لم يباشركفيل
العيني رهن الحيازة بنفسه . بل بشاره وكيل عنه ، وجب أن تكون الوكالة
وكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع . فلا تكن الوكالة العامة الإدارة
ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون
التوكيل الخاص الصادر من الكفيل العيني المذكوراً فيه المال المراد رهنه
والدين الذي يرهن المال ضماناً للوفاء به . وإلا كان التوكيل باطلاً لأن الوكيل
يقوم بعمل من أعمال التبرع^(١) .

المبحث الثاني

المال المرهون

٥١٥ - المال المرهون رهن حيازة قد يكون عقاراً أو منقولاً أو ديناً :

رهن الحيازة يختلف في محله عن الرهن الرسمي .
فالرهن الرسمي ، كالاختصاص ، لا يرد إلا على عقار . فرهن المنقول

(١) انظر في كل ذلك في الرهن الرسمي وينطبق على رهن الحيازة ، آنفاً فقرة ١٤٩ -

فقرة ١٥٠ وفقرة ١٥٤ .

رهناً رسمياً غير جائز . ومن أجل ذلك كان الرهن الرسمي ، في جميع أنواعه وحالاته . خاضعاً لنظام القيد . لأن القيد لا يرد إلا على عقار .

أما رهن الحيازة فمحله إما أن يكون عقاراً ، أو منقولاً . فهو لا يخضع لنظام القيد دائماً . ولا يخضع له إلا إذا كان محله عقاراً .

ورهن الحيازة الذي يرد على المنقول ، وبخاصة المنقولات الثمينة كالحلى والخواهر والمفروشات الثمينة . كثير . ولا يقل عن رهن الحيازة الذي يقع على عقار ، وبخاصة إذا أدخلنا الديون في الاعتبار . والديون نوع خاص من المنقول ، يرد عليه رهن الحيازة . وسرى في آخر فصل من فصول هذا الباب ، وهو الفصل الرابع ، أنواعاً مختلفة من رهن الحيازة ، وقد قسمت إلى أنواع ثلاثة . النوع الأول منها يرد رهن الحيازة فيه على العقار ، والنوع الثاني يرد على المنقول ، والنوع الثالث يرد على الديون .

وقد كاد رهن الحيازة على العقار ، في آخر مرحلة من مراحل التشريع ، يلقى . ولكنه بقي مع ذلك ، لأسباب سيأتي ذكرها (١) .

والخلاصة أن رهن الحيازة ، من حيث المحل ، عام شامل . فهو يرد على العقار ، وعلى المنقول ، وعلى الديون .

٥١٦ - محل رهن الحيازة يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني - نص

فانوني : وتنص المادة ١٠٩٧ مدني على ما يأتي :

« لا يكون محلاً لرهن الحيازة إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار » (٢) .

(١) انظر ما يل فقره ٦٢٩ في الهامش (تاريخ م ١١١٤ مدني) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٢ من المشروع التمهيدي على انه -

الآتي : ١٥ - يجوز أن يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلني .

٢ - فيجوز رهن المنقول ورهن العقار ورهن للدين وغيرها من الأموال الثمينة . وأدجت

لجنة المراجعة الفقرتين في فقرة واحدة تجرى على الوجه الآتي : « يجوز أن يكون محلاً للرهن -

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى أيضاً فى أن الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلاً لتصرف فيه . وأنه قد يكون المدين . وفى حكم رهن ملك الغير والأموال المستقبلية . وفى أن محل الرهن يجب أن يكون مما يمكن التعامل فيه وبيعه فى المزااد . وفى أن الرهن يشمل الملحقات والثمار وفى الدين المضمون . وعدم تجزئة الرهن . وقيام علاقة التبعية بين الدين والشيء المرهون » (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يشترط فى محل المرهون ، وهو محل رهن الحيازة ، أن يكون مما يمكن بيعه استقلالاً فى المزااد العلنى من منقول وعقار .

فجميع العقارات التى يمكن رهنها رسمياً ، يجوز كذلك رهنها رهن حيازة . وفى القانون الفرنسى ، لا يجوز رهن العقارات رهنأ حيازياً

= الحيازى كل ما يمكن بيعه بالمزااد العلنى من منقول وعقار . وأصبح رقم المادة ١٢٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٨٦ - وعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص ، تحت رقم ١٠٩٧ ، فصار مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٤ - ص ١٩٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٧ / ٦٧٠ : يجوز أن يكون الرهن منقولاً أو عقاراً .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : انظر م ١٠٢٨ و ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ و ١٠٥٦ .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠١ : لا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزااد العلنى من منقول وعقار .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٢٨ : يجوز أن يكون محلاً للرهن الحيازى كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون . ويجوز بوجه خاص رهن الأراضى الأميرية رهنأ حيازياً .

قانون الملكية العقارية اللبناني : انظر م ١٠١ و ١٠٢ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ .

(anticrèse) . وإنما يجوز وضع العقارات في حيازة الدائن تأمينا لدينه حتى يستوفي حقه من ثمارها دون أن يكون له حق التمتع و ثمنها ويسمى الرهن (antichrèse) .

ويجوز كذلك رهن المنقول رهن حيازة ، فيجوز رهن المفروشات والحلى والمجوهرات والسيارات والمركبات والمواشى والدواب وغير ذلك من المنقولات .

ويجوز رهن النقود (الكفالة النقدية) . ويتملك الدائن المرتهن النقود المرهونة المسلمة إليه ، على أن يرد مثلها عند تنفيذ المدين لالتزامه ، ويوصف الرهن هنا بأنه رهن ناقص (gage irrégulier) كالوديعة الناقصة .

ويجوز رهن الأموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلني ، كحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحال التجارية والعلامات والبيانات والأسماء التجارية وحق الإيجار وبوالص التأمين .

ويجوز رهن الديون والسندات لحاملها والسندات والأسهم الاسمية . ولكن لا يجوز رهن الماهيات والمعاشات والديون والسندات غير القابلة للتحويل ، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل . كذلك لا يجوز رهن الحقوق العينية ، كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز .

وبالحملة لا يجوز رهن ما لا يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني ، كالعقارات بالتخصيص فإنه لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذي خصصت له . فإذا كان هذا العقار غير مرهون ، جاز للمالك أن يفصل العقارات بالتخصيص ويرهنها مستقلة رهن حيازة (١) .

(١) أما إذا كان العقار الأصلي مرهونا رهنا رسميا ، فإن هذا الرهن يشمل العقار بالتخصيص ، ولا يجوز في هذه الحالة فصل العقار بالتخصيص . فإذا فصل الرهن حيازة ، كان لمرتهن العقار رهنا رسميا أن يتبع العقار بالتخصيص ما لم يكن المرتهن حيازة قد تعلم المنقول (أي لعقار بالتخصيص) بحسن نية (سليمان ، رقم فقرة ٢٢٢ من ٢٥٨ - من ٢٥٩) .

٥١٧ - قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي : ويجب أن يكون محل

الرهن الحيازي معيناً أو قابلاً للتعيين . طبقاً للقواعد العامة .

ولكن لا يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً كما في الرهن الرسمي ، فلم يرد في نصوص الرهن الحيازي نص يوجب تعيين محل الرهن الحيازي تعييناً دقيقاً كنص المادة ١٠٣٥ مدني في الرهن الرسمي .

ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور ، وهو ممن يقولون بعدم إعمال مبدأ تخصيص الرهن على رهن الخيارة ، ما يأتي : « وليان ما نراه في هذه المسألة نذكر بما قلناه من أنه إذا كانت علة بطلان رهن المال المستقبل هي عدم تعيين العقار بذاته ، إلا أن هذا لا يمنع من القول إن هذا الحكم أي بطلان رهن المال المستقبل قائم بذاته . وعلى ضوء هذا نرى أن إحالة المشروع على نص المادة ١٠٣٣ لا تفيد أكثر من بطلان رهن المال المستقبل رهنًا حيازياً ، ويبقى شرط تعيين الشيء للرهن محكوماً بالقواعد العامة . . . أما وجوب تعيين الشيء تعييناً دقيقاً . فهذا لا يؤدي بالضرورة إلى القول ببطلان رهن المال المستقبل إذ ليس هناك ما يمنع من أن يكون الشيء المستقبل معيناً تعييناً دقيقاً . كما لو رهن شخص المبنى التي سيقبضها مع ذكر أوصافها ومشتملاتها بدقة . ولما كان الشراح الذين يقولون بإعمان مبدأ تخصيص الرهن حتى بالنسبة للرهن الحيازي يسلمون بصحة الرهن إذا كان الشيء معيناً بنوعه ، فهذا يعني فيما نرى أن استفاءهم إلى مقتضى إحالة المشرع على المادة ١٠٣٣ غير صحيح . وقبل أن ننتهي من هذا الموضوع نشير إلى أن أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة يرى أن الرهن الحيازي لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن ، وذلك على أساس أنه لا علاقة لقاعدة التخصيص بحكم المادة ٢/١٠٣٣ وأن التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي » (١) .

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٢ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

وانظر سليمان مرقس فقرة ٢٣٥ ويرى أن مبدأ تخصيص الرهن يطبق على رهن الخيارة .

٥١٨ - رهن المال الشائع رهن حيازة : وقد جاء في المذكرة

الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصوص رهن المال الشائع رهن حيازة ، ما يأتى : « أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد فيه نص خاص . فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك فى الشيوع نصيباً مفرزاً ، والعبرة بنتيجة القسمة ، وبحسن تنظيم رهن المشاع بنص خاص ، وينقل عن التقنين الألمانى . وتنص المادة ١٢٥٨ من هذا التقنين على أنه إذا وقع الرهن الحيازى على حصة شائعة ، كان للدائن المرتهن أن يستعمل فى إدارة العين وطريقة استغلالها ما للراهن من حقوق ترتبت على حالة الشيوع . ولا يجوز ، قبل ثبوت حق المرتهن فى بيع المرهون ، طاب القسمة إلا باتفاق بين الراهن والمرتهن . أما بعد ثبوت الحق فى البيع ، فيجوز للمرتهن أن يطالب القسمة ولا بغير رضا الراهن . وإذا تمت القسمة ، فإن الرهن من الحصة الشائعة إلى المال المفروز الذى وقع فى نصيب الراهن ، ويبقى دائماً للمرتهن حقه فى بيع الحصة الشائعة التى ارتهنها » (١) .

ولما كان نص التقنين المدنى الألمانى (م ١٢٥٨) لم ينقل إلى التقنين المدنى الجديد ، فلا شأن لنا به هنا ، ووجب تطبيق القواعد العامة كما تقول المذكرة الإيضاحية إذ لم يرد نص خاص فى رهن المال الشائع .

وفى التقنين المدنى السابق لم يكن هناك نص خاص برهن المال الشائع ، فكان القضاء يجرى على أن الحصة الشائعة رهناً حيازياً باطلاً ، لأنه لا يمكن حيازة المال المرهون وحبسه عن الكافة (٢) ، وهو باطل ولو كان الشركاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٨ .

(٢) امتتناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٦ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٤

م ٢٦ ص ٢٥٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧٩ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦

ص ٢٠٧ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ - ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص =

في الملك قد اقتسموا المال الشائع قسمة مهايأة^(١) . وقضى بأن الرهن يكون صحيحاً إذا أمكنت حيازة الحصة الشائعة ، كما لو اتفق الدائن المرتهن مع شريك مدينه الراهن على أن يستمر هذا الشريك حائزاً العين نيابة عنه وأن يدفع له حصة المدين الراهن في الربيع^(٢) . وبأنه يكون صحيحاً أيضاً إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع بالتضامن فيما بينهم ، ونقلت حيازة المال المرهون كله إلى الدائن المرتهن^(٣) .

أما في التقنين المدني الجديد ، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً ينفذ دون تسليم المال المرهون ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً . وعلى ذلك ، يكون في التقنين المدني الجديد للمالك المشتاع أن يرهن حصته الشائعة بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ، ويكون رهنه صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا أمكن الدائن المرتهن أن يجوز الحصة الشائعة . ويجوز أيضاً للمالك المشتاع أن يرهن جزءاً مفرزاً من المال الشائع بإيجاب وقبول ، ويكون الرهن صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا حاز الدائن المرتهن الجزء المفرز وتمت القسمة فوقع الجزء المفرز في نصيب الراهن . أما الرهن الصادر من جميع الشركاء قبل القسمة ، فإن مصيره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإذا وقع المرهون كله في نصيب أحد الشركاء

= ١٩٧ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٦١ -

٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٣ - ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(١) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ - ١٦ يناير سنة ١٩٤٠

م ٥٢ ص ١٢٦ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٩٦ .

(٢) استئناف وطني أول يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٩ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٤ ص ١٧٨ - أما إذا رهن الشريك

حصة مفرزة من المال الشائع ، واقرن ذلك بتسليم هذه الحصة المفوزة ، فإن الرهن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فإذا وقعت هذه الحصة في نصيب الراهن تأيد الرهن ، وإلا كان

حكمه حكم رهن ملك الغير (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٧٥

ص ١٣٧) .

أو بعضهم نفذ الرهن بنسبة محصصهم الأصلية واعتبر بالنسبة إلى حصص باقي الشركاء وارداً على مالك الغير (١) .

ويذهب كثير من شراح القانون المصري إلى أن الحلول العيني أصبح هو القاعدة العامة في التقنين المصري الجديد ، وأصبح الحكم الوارد في المادة ١٠٣٩ / ٢ تطبيقاً لهذه القاعدة الواردة في المادة ٨٢٦ مدني ، ويسرى الحلول العيني في رهن الحيازة تطبيقاً لقواعد العامة . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسى (٢) ، في هذا الصدد ، ما يأتي : « ونرى الأخذ بالأحكام المقررة في الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٩ لاستعمال حق الحلول العيني ، في رهن الحيازة وهي : (أولاً) أن يستصدر الدائن المرتهن أمراً على عريضة يعين به القاضى القدر الذى يقع عليه الرهن ، و (ثانياً) أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخبره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . بل إننا نرى بطريق التماس الأخذ بهذه الأحكام في صدد التصرفات على العموم ، فيكون على المشتري أن يستصدر أمراً على عريضة بتعيين قدر من الأموال التى آلت إلى البائع يعادل قيمة ما باعه له ، ثم يجرى المشتري تسجيلاً جديداً على هذا القدر يسرى أثره من تاريخ التسجيل السابق » (٣) .

٥١٩ - زوال ملكية الراهن بأثر رجعى : رأينا أن المادة ١٠٣٤

(١) أما حكم المادة ١٠٣٩ / ١ مدني فهو خاص بالرهن الرسمي ولا يطبق إلا عليه ، لأنه ورد استثناء من القواعد العامة ، وورد في نصوص الرهن الرسمي ولم ترد إحالة عليه لتطبيقه على الرهن الحيازي ، فيتعين قصره على الرهن الرسمي (سليمان مرقس فترة ٢٤٠ ص ٣٧٦ - محمد كامل مرسى فترة ٢٨٧ ص ٣٧١) .

(٢) فترة ٢٨٧ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ .

(٣) انظر أيضاً محمد على عرفة في حق الملكية ١ فترة ٢٨٨ - سليمان مرقس فترة ٢٤٠ ص ٣٧٣ - ص ٣٧٦ - عبد الفتاح عبد الباقي طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ فترة ٤٣٥ مكررة - شفيق شجاعة فترة ١٠٨ - محمد علي إمام فترة ٣٢٦ - فترة ٣٢٧ .

مدنى تنص على ما يأتى : « يبنى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

وهذا النص خاص بالرهن الرسمى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى خصوص هذا النص : ما يأتى : « الرهن يبنى صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر بعد ذلك بطلان سند ملكيته . . . أو فسخه . . . أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر (رهن ما باعه المريض مرض الموت ورهن ما يجاوز نصاب الوصية) . يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن . . . » (١) .

ولا يوجد نص يجعل هذا النص يطبق أيضاً فى حالة رهن الحيازة . فإذا رهن شخص مالا له رهن حيازة . أ يكون رهن الحيازة صحيحاً إذا تبين فيما بعد أن سند ملكية الراهن باطل . أو قابل للنسخ وقد فسخ بأثر رجعى ؟

لا شك فى أن المادة ١٠٣٤ مدنى سالف الذكر تخالف القواعد العامة ، إذ هى تصحح رهناً صدر من غير مالك . فالراهن قد أبطل سند ملكيته أو فسخ بأثر رجعى .

لذلك يجب قصر المادة ١٠٣٤ مدنى على ما جاءت فيه . وهو الرهن الرسمى ، ولا يجوز تطبيقها على رهن الحيازة .

ولكن إذا لم يمكن تطبيق المادة ١٠٣٤ مدنى على رهن الحيازة ، فإن هناك فى قانون تنظيم الشهر العقارى نصوصاً فى هذا الموضوع تنطبق على رهن الحيازة .

فالمادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تحمى حسن النية فى ذاته .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ١٩ - ص ٢٠ .

وتشمل كل من يعتبر من الغير ما دام قد كسب حقه بحسن نية ، سواء كان ذلك الغير مرتبها رهناً رسمياً أو مرتبها رهناً حيازياً أو مشترياً أو غير ذلك .

فإذا كان المرتهن رهن حيازة قد كسب بحسن نية حق رهن الحيازة من مالك سند ملكيته باطل ، قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، فإن رهن حيازته يبقى قائماً . ولا يؤثر زوال ملكية المالك بأثر رجعي في بقاء رهن الحيازة ، ما دام رهن الحيازة قد كسب قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، وما دام الدائن المرتهن رهن حيازة كان حسن النية وقت أن أبرم رهن الحيازة^(١) .

٥٢٠ - ملحقات الشيء المرهون وثماره : كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ١٥٣٣ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « ويشمل الرهن الحيازى ملحقات الشيء المرهون وثماره ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

ولما تليت هذه المادة في لجنة المراجعة ، حذفها اللجنة « اكتفاء بالقواعد العامة »^(٢) . فحذف النص إذن لم يكن لأن لجنة المراجعة ترفضه ، بل لأن في القواعد العامة ما يغني عنه .

وقد اشتملت نصوص الرهن الرسمى ، في هذا المعنى ، على نصين في الملحقات والثمار . فنصت المادة ١٠٣٦ مدنى ، فيما يتعلق بالملحقات ، على ما يأتى : « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع هدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المماريين

(١) انظر في هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ١٦٦ - سليمان مرقس فقرة ٢٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٥ فى المامش .

المخصوص عليه في المادة ١١٤٨ « . ونصت المادة ١٠٣٧ مدني : فيما يتعلق بالثمار ، على ما يأتي : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار » .

وهذه النصوص تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمي ، وبخاصة إذا كان محل رهن الحيازة عقاراً .

ففيما يتعلق بالملحقات . يشملها رهن الحيازة وتكون مرهونة رهنًا حيازياً كالشيء الأصلي ، ويجب تسليمها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة على هذا الأساس . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هي :

١ - حقوق الارتفاق : والمفروض أن الشيء الأصلي المرهون هو عقار ، فيسلم مع هذا العقار حقوق الارتفاق الإيجابية التي يتمتع بها هذا العقار . فتحق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ، ولا يفصل عنه . فتكون حقوق الارتفاق مرهونة رهن حيازة مع العقار الأصلي ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق إلا بعد رهن الحيازة ، باعتبارها توابع للعقار المرهون .

٢ - العقارات بالتخصيص : وهي منقولات بطبيعتها ، قد خصصها صاحبها لخدمة عقار يملكه ، فتصبح مرهونة رهن حيازة مع هذا العقار . فتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية والسماد والبذور وأدوات النقل والمفروشات المخصصة للفنادق والمصانع ونحو ذلك ، مع الشيء الأصلي المرهون رهن حيازة فتصبح مرهونة مثله ، دون حاجة إلى ذكر ذلك . ويستوى أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت رهن الحيازة ، أو وجد بعد ذلك . وإذا دخل العقار بالتخصيص في رهن الحيازة ، ثم فصله الراهن وباعه وسلمه إلى المشتري ، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولاً . ولكن يجوز للدائن المرتهن رهن حيازة أن يحجز على الثمن وهو في يد المشتري ، إذا كان هذا

لم يدفعه بعد . ويستطيع الدائن المرتهن رهن حيازة أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشتري ، إذا كان هذا لم يتسلمه بعد .

٣ - التحسينات والإنشاءات : ويدخل في التحسينات والإنشاءات ما أنتجته الطبيعة من تحسينات في الأرض كتراكم الطمي الذي يزيد في مساحة الأرض ، وما يصنعه مالك العقار بنفسه كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام . وبناء طابق جديد ، وإضافة ملاحق للبناء الموجود ، كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع الشيء المرهون وتدخل معه في الرهن الحيازي . وتدخل التحسينات والإنشاءات ضمن الرهن الحيازي ، أيا كانت قيمتها ولو زادت هذه القيمة على الشيء الأصلي المرهون .

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام ، فيجوز للراهن والمرتهن أن يتفقا على إخراج شيء مما تقدم من رهن الحيازة ، فلا يصبح مرهوناً مع الشيء الأصلي المرهون .

وفيما يتعلق بالثمار ، فإن الدائن المرتهن رهن حيازة يستولى عادة على الشيء المرهون ، ومتى استولى عليه فإنه يستولى أيضاً على ثماره ، طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . وتدخل هذه الثمار ضمن ما قبضه المرتهن رهن حيازة ، ويحاسب الراهن عليها . فهي دائماً ملحقة بالشيء الأصلي ، منذ أن يستولى الدائن المرتهن حيازة على هذا الشيء . ولكن قد يحدث أن المرهون يكون عقاراً . وقبل أن يستولى الدائن المرتهن محل الدين المضمون . عند ذلك . يترتب على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار الأصلي المرهون ، أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار . فإذا كانت الثمار مدنية . فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه إلى وقت رسو مراد العقار المرهون يلحق بالعقار ويوزع كما يوزع ثمن العقار المرهون

نفسه . أما إذا كانت الثمار مستحدثة أو طبيعية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التي أعقبت التسجيل إلى كل المدة التي بقيت فيها هذه الثمار في الأرض . ذلك أنه لا مبرر للفرقة بين الثمار المدنية وبين الثمار المستحدثة أو الطبيعية . وما دامت هذه الثمار المستحدثة أو الطبيعية بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل ، فإن ما يتقابل هذه المدة يكون من حق الراهن .

المبحث الثالث

الدين المضمون

٥٢١ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٨ مدني على ما يأتي :

« تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي » (١) .

أما المادة ١٠٣٣ فقد رأيناها تنص على أنه ١ - إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي . . . ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ٢ - ويقع باطلا رهن المال المستقبل . وقد سبق أن عالجتنا هذا النص في رهن ملك الغير وفي رهن المال المستقبل ، فلا محل للعودة إلى ذلك (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٤ من المشروع التمهيدي . وتناولت هذه المادة حل لجنة المراجعة ، فعدلت من أرقام المواد ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٠٢ في المشروع النهائي . وعُدل مجلس النواب في أرقام المواد ، ووافق على النص تحت رقم ١١٢٣ . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص ، بعد تعديل في أرقام المواد تحت رقم ١٠٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ - ١٩٨) .

القنين المدني السابق م ٥٤٦ / ٦٦٩ : مجلة الرهن ضامنة لكل جزء من الدين .

(٢) انظر أولاً فقرة ٥١١ - فقرة ٥١٢ .

بقيت المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ ، وهذه هي :

م ١٠٤٠ : « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لتفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين » .

م ١٠٤١ : « كل جزء من العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » .

م ١٠٤٢ : « ١ - لا يفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .
٢ - وإذا كان الراهن غير المدين ، كان إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين » .

٥٢٢ - قاعدة التخصيص لا تنطبق أيضاً على الدين المضمون في رهن

الحيازة : وكما لا تنطبق قاعدة التخصيص على رهن الحيازة من حيث العقار المرهون^(١) ، كذلك لا تنطبق هذه القاعدة على رهن الحيازة من حيث الدين المضمون .

فلم يرد في النصوص نص يوجب أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة معيناً تعييناً دقيقاً ، كنص المادة ١٠٣٥ في الرهن الرسمي .

وكل ما يجب هو تطبيق القواعد العامة ، فيما يتعلق بتعيين الدين المضمون في رهن الحيازة ، فيجب إذن أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة معيناً أو قابلاً للتعيين .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

بل إن في النصوص التي قدمناها^(١) وهي تنطبق على رهن الحيازة ،
 ١٠ يفهم منه جواز أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة ديناً مستقبلاً ،
 وديناً احتمالياً ، واعتماداً مفتوحاً ، وفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد
 الرهن الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين .

كل هذا لا يفهم منه إلا أن الدين المضمون في رهن الحيازة يصح أن
 يكون قابلاً لتعيين ، وليس من الضروري أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً .

ونقتصر هنا على الكلام بإيجاز في المواد ١٠٤٠ الى ١٠٤٢ مطبقة على
 رهن الحيازة ، فتتكمّل في تحديد الدين المضمون (م ١٠٤٠ مدني) ، وفي
 أن كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين
 مضمون بكل المرهون رهن حيازة (م ١٠٤١ مدني) ، وفي أن الرهن
 لا ينفصل عنه (م ١٠٤٢ مدني) .

٥٢٣ - تحديد الدين المضمون : رأينا^(٢) أن المادة ١٠٤٠ تنص على
 أنه « يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين
 احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على
 أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي
 إليه هذا الدين » . والديون المذكورة في النص لا تحمل في ذاتها قدراً كافياً
 من التحديد . كالديون المستقبلية والديون الاحتمالية ، ولكن في النص وضع
 قاعدة لتحديدتها بتعيين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين .

فلا يجوز أن يعقد رهن حيازة لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة
 المدين ، سواء في أية مدة ، أو في مدة معينة ، ما دامت الديون نفسها
 لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر . كذلك لا يجوز أن

(١) انظر آتياً فقرة ٥٢١ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٥٢١ .

يمتد الرهن الحيازي لضمان أى دين آخر لم يعين مقداره ومصدره ، يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

١ - بمقداره : فيحدد هذا المقدار من رأس مال وفوائد ومنى يبدأ سريان الفوائد . ويستوى في ذلك الدين المنجز والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن الحيازي . وإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جارٍ يحتمل أن يكون رصيده دائماً أو مديناً ، كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهى إليه الدين . وإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما في القيد ، إذا كان الشيء المزهون عقاراً ، فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهى إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذى يطلع عليه الغير ويحتج عليه به .

٢ - بمصدر الدين : فيجب أيضاً تحديد المصدر ، هل هو عقد أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون فقد يكون الدين المضمون ثمناً في عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً في عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل غير مشروع . وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الحيازي على الوجه سالف الذكر ، هو بطلان عقد الرهن الحيازي . والسطلان هنا هو بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن

وورثة كل منها والخلف الخاص ، والداهن المرتهنون المتأخرون في المرتبة ، وحائز الشيء المرهون .

٥٢٤ - كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء

من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة : وقد رأينا^(١) أن المادة ١٠٤١ مدني تنص على أن « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . فالرهن الحيازي . كما قدمنا^(٢) ، غير قابل للتجزئة ، « ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن حيازة على أن يكون الرهن الحيازي قابلاً للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من الأشياء المرهونة حيازة ، وبذلك يصبح رهن الحيازة قابلاً للتجزئة بناء على هذا الاتفاق . وقد جعل القانون رهن الحيازة غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة أصبح الرهن غير قابل للتجزئة ، لأن هذا هو في مصلحة الدائن المرتهن ، ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اثنقا على غير ذلك . لذلك يجوز للدائن المرتهن ، بعد انعقاد رهن الحيازة ، أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة . فإذا كان هناك مثلاً عقار ومنقول متساوياً القيمة ومرهونان رهن حيازة ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن ينزل عن رهن المنقول ويستبقى الرهن على العقار ضماناً لوفاء نصف الدين الباقي .

وهذا الارتباط ما بين الشيء المرهون والدين المضمون ، المبني على عدم قابليته رهن الحيازة للتجزئة ، له معنيان :

(١) انظر آتياً فقرة ٥٢١ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٥٠٠ .

(المعنى الأول) أن أى جزء من الشيء المرهون رهن حيازة صامن لكل الدين . فلو كان المرهون عقاراً ومنقولاً ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائناً مرتباً أن ينفذ بكل الدين على المنقول وحده دون العقار ، وإذا ستوفى كل حقه من هذا المنقول برئت ذمة المدين وتخلص العقار من الرهن . وإذا باع المدين الراهن العقار ، كان هذا العقار مرهوناً فى كل الدين . وجاز للدائن المرتهن أن يتبع العقار فى يد المشتري وينفذ عليه بكل الدين لا بجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع . وإذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكة ، فإن الجزء من العقار الذى يملكه كل وارث يبقى مرهوناً فى كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نصيب الوارث من الدين . بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقار ومنقول فى دين واحد ، جاز للدائن المرتهن أن يختار العقار لينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً على أن يقسم الدين بين العقار والمنقول ، وأن ينفذ على العقار بنصيبه فى الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار العقار ، كما قدمنا ، للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهين المتأخرين فى المرتبة على هذا العقار ، وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهين المتأخرين ، أى دون أن تكون له مصلحة مشروعة فى هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه (١) .

(المعنى الثانى) أن أى جزء من الدين مضمون بكل الشيء المرهون . فلو وفى المدين ثلثى الدين مثلاً وبقى الثلث ، فإن هذا الثلث يبقى مضموناً بكل الشيء المرهون حيازة ، ولا يتخلص ثلثا هذا الشيء من الرهن . فلو

(١) انظر فيما يتعلق بالرهن الرسمى نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٩ -

باع المدين في هذه الحالة كل الشيء المرهون . انتقل الشيء إلى المشتري مرهوناً كله في ثلث الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتبع الشيء المرهون في يد المشتري وأن ينفذ عليه بثث الدين الباقي . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه هذا على كل الشيء المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، ففي القانون الفرنسي حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولاً عن ثلث الدين ، ولكن إذا انتقل إليه الشيء المرهون كله ، جاز للدائن المرتهن أن ينفذ الشيء بكل الدين ، ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه في الدين .

٥٢٥ - عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون : وقد رأينا^(١) أن

المادة ١٠٤٢ مدني تنص على أنه « ١ - لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه . ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢ - وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين » . فـرهن الحيازة تابع للدين المضمون ؛ فلا ينفصل عنه بل يسير معه وجوداً وعدماً . وللكفيل العيني (الراهن غير المدين) الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين ، وذلك إلى جانب الدفع الخاصة به .

أما أن رهن الحيازة تابع للدين المضمون ، فذلك لأن رهن الحيازة لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون الدين المضمون التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون رهن الحيازة صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض . فإن رهن الحيازة يكون كالدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض . ويختص رهن الحيازة باختفاء الدين المضمون . فإذا انقضى الدين المضمون بأية طريقة من طرق الانقضاء ، فإن رهن الحيازة ينقضى بانقضاء الدين المضمون . فرهن الحيازة تابع ، والدين المضمون متبوع . يبطل رهن الحيازة كلما بطل الدين المضمون ، وينقضى كلما انقضى . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلا لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان رهن الحيازة باطلا مثله . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتبه متأخر في المرتبة ، وكل حائز للشيء المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلا للإبطال لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون ، إذ أن الرهن قد انقضى كانقضاء الدين . فإذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ ، كما رأينا ، « لا يفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . ومما نص القانون فيه على غير ذلك ، فيبقى الرهن مع انقضاء الدين المضمون ، دعوى الحل . فيجوز لشخص أن يني بالدين فينقضى ، ويحل محل الدائن المرتهن حلويا قانونياً أو حلويا اختيارياً فيرجع على الراهن التي حل فيها محل الدائن المرتهن .

وأما أن للكفيل العيني الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه ما دام المدين الراهن

يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين . كأن يكون الدين باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن مديناً أن يتمسك بأوجه الدفع هذه . فإن الرهن الحيازي الواقع على ملكه تابع للدين ، فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هنا ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلاً للإبطال للإكراه مثلاً ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن هذا النزول لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على ملكه . فيكون إذن للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله . وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وهذا طبيعي . لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي . فهو لم يخرج عن كونه كفيلاً بضمن دين الغير . فيستطيع أن يتمسك بالدفع الخاصة بهذا الدين . وبالدفع الخاصة به هو . فيجوز للكفيل العيني أن يتمسك بأن الدين المضمون باطل ، أو قابل للإبطال . أو منقض . أما الدفع المتعلقة بالكفيل العيني نفسه . فهي ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العيني والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . دون أن يكون الدين المضمون باطلاً أو قابلاً للإبطال . ففي هذه الحالة يجوز للكفيل العيني أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال ، فيتخلص من الرهن الذي عقده مع بقاء المدين الأصلي ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفع الخاصة بالكفيل العيني إلى ما يرد على عقده من أوصاف . كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذي عقده لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق . كذلك قد ترجع الدفع الخاصة بالكفيل العيني إلى أن الرهن قد انحل دون أن ينقضي الدين المضمون . ويتحقق ذلك مثلاً

إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضي دون أن ينتقضي الدين المضمون ، فيجوز للكفيل العيني في هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

٥٢٦ - الرهن التجارى : ولا يراعى القضاء فى الرهن التجارى ما يراعى فى الرهن المدنى . فيجوز أن يعقد الرهن التجارى ضماناً للدين غير معين^(١) ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص فى عقد الرهن التجارى الذى يرهن بموجبه العميل إلى المصرف أوراقاً تجارية معينة ومظهرة منه تأميناً لكل ما عسى أن ينشأ فى ذمته من ديون لذلك المصرف يقع صحيحاً ، ولو تضمنه نموذج مطبوع اقتصر على توقيعه^(٢) . وقضت أيضاً بأنه لا يمنع من صحة الرهن أن يكون المرهون سلعاً سيصير تسليمها ، وأن يكون الدين المضمون هو المصروفات التى تتكلفتها هذه السلع إذ أن هذه المصروفات لا يمكن تعيينها إلا بعد وصول كل السلع^(٣) .

الفصل الثانى

آثار الرهن

٥٢٧ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الرهن الحيازى ، إذا انعقد صحيحاً ، ينتج آثاراً معينة فيما بين المتعاقدين إذ يوجد التزامات فى جانب كل منهما ، وكذلك ينتج آثاراً معينة بالنسبة إلى الغير .

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٩ - ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

ونعالج كلا من الموضوعين في فرع .

الفرع الأول

آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين

٥٢٨ - الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين : رأينا أن الرهن الحيازي انقلب ، من عقد عيني يغلب أن يكون ملزماً لجانب واحد في التقنين المدني السابق ، إلى عقد رضائي لا شك في أنه ملزم للجانبين في التقنين المدني الجديد .

وما دام عقد الرهن الحيازي عقداً ملزماً للجانبين في الوقت الحاضر ، فنعتقد لالتزامات كل من الجانبين . الراهن والدائن المرتهن ، نحو الآخر مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

التزامات الراهن حيازة

٥٢٩ - التزامات أربعة : يلتزم الراهن حيازة نحو الدائن المرتهن

بالتزامات أربعة هي : (١) إيجاد حق عيني على العين المرهونة لمصلحة الدائن المرتهن ، هو حق رهن الحيازة . (٢) تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن . (٣) ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه (٤) ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه .

ونعتقد لكل من الالتزامات الأربعة مطلباً .

المطلب الأول

إيجاد حق رهن الحيازة

٥٣٠ - نص قانوني : سبق أن أوردنا نص المادة ١٠٩٦ مدني ،

ونثبت الآن ما ورد في هذه المادة خاصاً بإيجاد حق رهن الحيازة .

تقول المادة ١٠٩٦ مدني فيما قالته : « الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن . . . شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً . . . » .

فهذا الحق العيني هو رهن الحيازة ، يخول الدائن حبس الشيء لحين استثناء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في انقضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .

٥٣١ - رهن ملك الغير ورهن المال المستقبلي : ومن أجل ذلك

كان رهن ملك الغير قابلاً للإبطال . وكان رهن الشيء المستقبلي باطلاً ، فيما قدمنا .

ولم يكن الراهن يستطيع أن يوجد رهن الحيازة على ملك الغير إذا كان الغير لا يقر هذا الرهن . ومن ثم كان رهن ملك الغير رهن حيازة قابلاً للإبطال ، ولا ينتقل صحيحاً إلا إذا أقر الرهن فيكون الغير هو الراهن ، أو إذا انتقلت ملكية الشيء المرهون إلى الراهن ومن وقت انتقال الملكية ، فيكون الراهن مالكا للشيء المرهون .

وكذلك لا يستطيع الراهن أن يوجد رهن الحيازة على شيء مستقبلي لم يعين ، ومن ثم كان رهن المال المستقبلي رهن حيازة باطلاً لعدم تعيين المال .

٥٣٢ - إيجار رهن الحيازة إذا كان الراهن مالكا للشيء المرهون :

فهذا كان الراهن مالكا للشيء المرهون وتوافر في هذا الشيء شروط رهن

الحيازة ، فإنه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً وجد حق رهن الحيازة على الشيء المرهون من تلقاء نفسه .

وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم » . وهذا النص يشمل الالتزام بإيجاد حق عيني ، فيوجد هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الرهن يملك الشيء المرهون حيازة ، كان هذا الشيء معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فيوجد حق رهن الحيازة من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً .

وإذا كان الرهن لا يملك الشيء المرهون حيازة ، بقي ملتزماً بإيجاد حق الرهن الحيازي . وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض وأن يطلب سقوط أجل الدين (١) .

المطلب الثاني

تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن

٥٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه » .

« ٢ - ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع » (٢) .

(١) انظر فيما يتعلق بالرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٦٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٥ من المشروع التمهيدى . وعدلته لجنة المراجعة تمديلاً لفظياً بسيطاً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٨ ، ثم مجلس =

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« ١ - أول التزام في ذمة الراهن هو أن يسلم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، أو إلى عدل يعينه المتعاقدان ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً في العقد كما تقدم . وقبل التسليم يتم الرهن ، ويترتب الحق العيني ، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتبهاً لا باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتبع ، لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم » .

« ٢ - وتتبع في تسليم العين المرهونة الأحكام التي تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك . وحيازة الدائن المرتهن للعين هي حيازة لحق عيني ، هو حق الرهن » (١) .
ولاشك في أن تسليم العين ونقل حيازتها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، هو من أهم موضوعات رهن الحيازة ، وهو الذي يميز رهن الحيازة عن الرهن الرسمي وعن غيره من العقود . لذلك يكون طبعياً أن يستوقفنا هذا المطلب طويلاً ، فهو يقتضي كثيراً من العناية .

= الشيوخ تحت رقم ١٠٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٩ - ص ٢٠١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : انظر المواد ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ .

التقنين الليبي م ١١٠٣ : ١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن ،

أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه . ٢ - ويرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

التقنين المدني العراقي : انظر م ١٣٢١ .

قانون ملكية العقارية الليبي : انظر م ١٠١ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٠ .

ونبسط قبل كل شيء المسائل التي يتناولها في هذا المطلب ، مع ترتيبها ترتيباً منطقياً ملائماً . فتكلم أولاً في نقل الحيازة في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد ، ثم في الغرض من انتقال الحيازة ، ولما تنتقل ، وفي عودة الشيء المرهون إلى راهنه عن طريق الإنجاز أو بسبب لا يقصد به إنهاء الرهن . وفي تخلي المرتهن عن الحيازة لغير الرهن . ثم نتكلم في انتقال الحيازة كانتقال الشيء المبيع . فتكلم في الزمان وفي المكان وفي كيفية التسليم وفيما يترتب على عدم التسليم .

٥٣٤ - نقل الحيازة في التقنين المرنى السابق : قدمنا أن رهن

الحيازة كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، فكان لا ينعقد إلا إذا سلم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن (أو عدل) ونقل إليه حيازته على سبيل الرهن .

فإذا لم يسلم الشيء المرهون . فلا ينعقد الرهن . ولا يكون هناك إلا مجرد وعد بالرهن .

وقد صدرت أحكام كثيرة . في ظل التقنين المدني السابق . في هذا المعنى (١) .

(١) استئناف وطني ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ٧٦ - ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ - الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣١ - مصر استئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٨٠ - استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٢ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ - ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٩ - ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ - ٨ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٩ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥١ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٤ - ٧ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٦ .

ونذكر فقط محكمة النقض بأن القانون يوجب لصحة رهن الخوازة وضع المرهون في حيازة الدائن المرتهن ، ويتنفي بفساد هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه . وإذا كان عقد =

ولما كان عدم تسليم الشيء إلى الدائن المرتهن من نتائجه أن يكون هناك مجرد وعد بالرهن ، فإن هذا الوعد بالرهن كان يرتب على الواعد التزاماً هو تسليم العين إلى الدائن المرتهن^(١) .

٥٣٥ - نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد : أما في التقنين المدني

الجديد ، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً لا عقداً عينياً . فينقصد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، ولا يشترط في انعقاده نقل الحيازة من الراهن .

ولكن نقل الحيازة أصبح في التقنين المدني الجديد التزاماً على الراهن ، لا ركناً في العقد ، له غرض ، وكيفية ، وزمان ، ومكان ، وما إلى ذلك .

٥٣٦ - الفرض من انتقال الحيازة : ولانتقال الحيازة كالتزام ،

في التقنين المدني الجديد ، سيان :

(السبب الأول) متى انتقلت الحيازة إلى الدائن المرتهن ، تمكن هذا من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه . ويمكن أيضاً من مباشرة

= الإيجار بضع العين المؤجرة في حيازة المستأجر ، فإنه يكون على المحكمة ، متى أثبتت في حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة في اليوم الذي حصل فيه رهناً ، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها رجعت على الفور إلى الراهن ، وفي كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم بطلان الرهن (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٢ رقم ٧) .

وقد ثبت أيضاً بأنه في عقد الرهن الحيازي إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن ، أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا بقي المرهون باختيار المرتهن في حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضاً . . . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصباً ، فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ (مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ٩) .

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤١ ص ٥٤٨ هامش ٢ .

دوره كدائن مرتهن ، فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة ، وأن يديرها ، وأن يستقلها ، وأن يحاسب الراهن على كل ذلك إلى أن ينتهي الرهن ، فيردها إلى مالكها . وسبأى بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي .

(السبب الثاني) وهو سبب يرجع إلى شهر الرهن بالنسبة إلى الغير ، فيعلم الغير ، ما دامت الحيازة قد انتقلت من الراهن ، أن الشيء المرهون لم يعد من أملاك الراهن الحرة الحالية من حقوق الغير عليها . وهذا إعلان للغير بوجود حق رهن حيازة على العين المرهونة ، فلا يطمئن إلى التعامل في هذه العين مع الراهن ، طالما أن العين قد خرجت من حيازته وأن للدائن المرتهن حق رهن عليها^(١) .

فانتقال الحيازة إذن يقوم بمهمتين : أحدهما فيما بين المتعاقدين إذ يتمكن الدائن المرتهن من أن يقوم بالتزاماته نحو الراهن ومن أن يستعمل حقوقه كحق الحبس . والثاني بالنسبة إلى الغير إذ يعلن انتقال الحيازة الغير بوجود رهن حيازة .

٥٣٧ - من تنتقل الحيازة - الحيازة بوساطة أجنبي أو عمل :

والأصل هو أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن ، فهو أحد طرفي العقد ، وهو الطرف الذي جعل انتقال الحيازة لحمايته ولضمان مصالحه .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان ، الراهن والدائن المرتهن ، على أجنبي ، يسمى عدلاً في الفقه الإسلامي ، ينسلم الشيء المرهون ويحتفظ به نيابة عن الدائن المرتهن^(٢) .

(١) ويقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي : « والفرض من انتقال الحيازة هو جمل المرهون بمنأى عما قد يجريه فيه الراهن من تصرفات تصرف بالمرتهن ، كإخفاء المنقول ، أو تصرفه فيه لشخص حسن النية يستطيع أن يحتج وراء قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . وكذلك يؤدي انتقال الحيازة نوعاً من الإشهار ، إذ يستطيع الغير أن يعلموا بوساطته أن المرتهن قد تعلق له حق على الشيء ، وأن الشيء لم يعد حراً خالصاً للراهن » (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤٢) .

(٢) استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٢٢٠ - ١٤ يونيو م ١١ ص

٢٩٥ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ .

وإلى ذلك تشير المادة ١٠٩٦ مدني حين تقول « الرهن الحيازي عند به يلتزم شخص . . . أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً . . . » . والمادة ١/١٠٩٩ حين تقول : « على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه » . والمادة ١/١١٠٩ حين تقول : « يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان » .

ويتبين من ذلك أن « العدل » يجب أولاً أن يتفق عليه المتعاقدان ، الراهن والدائن المرتهن ، ولا ضرورة لأن يدخل « العدل » في هذا الاتفاق^(١) ولكن يجب أن يقبل « العدل » مهمته ، ولو برضاء سابق أو لاحق ، وأن يكون أهلاً للتعهد^(٢) . ولا يشترط في الاتفاق على العدل أي شرط خاص ، ويكون إثباته خاضعاً للقواعد العامة^(٣) .

ويصح أن يكون العدل دائماً مرتهناً سابقاً ، فيحوز الشيء بصفته دائماً مرتهناً وبصفته عدلاً نائباً عن دائن مرتهن آخر . ولكن لا يصح أن يكون هو الراهن إذ لا يوجد ما يستدل منه على وجود الرهن^(٤) .

وإذا كان الشيء المرهون في يد العدل قبل تقرير الرهن ، بصفة أخرى كمودع عنده ، ثم تقرر الرهن واتفق برضاه على أن يكون هو

(١) استئناف أسبوط ٧ ديسمبر سنة ٧ ١٩ المحاماة ٨ رقم ٢٤٦ ص ٢٣٤ - لوران
فقرة ٤٨٤ - بودري ودي لوان فقرة ٨٥ .

(٢) لوران فقرة ٤٨٤ - بودري ودي لوان ، فقرة ٨٥ - أوبري ورو ٣ فقرة ٤٢٢
وهامش ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٥ -
ص ٢٨٦ .

(٣) لوران فقرة ٤٨٤ - جيوار فقرة ١٠٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨
ص ٢٨٦ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٣ .

العدل ، فلا يكفي أن يعلنه الدائن المرتهن بعقد رهنه ، بل يجب إقرار من العدل أنه أصبح يحوز الشيء كعدل نيابة عن الدائن المرتهن^(١) .

والاتفاق على بقاء الشيء في يد العدل يخلى الدائن من التزاماته بالمحافظة على الشيء وإدارته واستثماره ، ويسهل للراهن رهن الشيء لأكثر من دائن . وليس للعدل أن يعطى الرهن للراهن أو للدائن المرتهن إلا برضا الاثنين معاً ، وإذا أعطاه لأحدهما دون رضا الآخر كان له استرداده^(٢) .

٥٣٨ - عودة الشيء المرهون إلى الراهن : ويترتب على عودة الشيء

المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن في الأصل ، إذ يستخلص من إرجاع المرهون إلى الراهن أن الدائن المرتهن نزل عن الرهن .

وهذه القرينة يدحضها الدائن المرتهن بإثبات أنه لم يقصد بإرجاع المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن ، بل إنه سلم الشيء المرهون إلى الراهن على سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية . فيبقى الرهن قائماً في مواجهة الراهن ، ولكنه لا يكون سارياً في مواجهة الغير . ولكن للمرتهن أن يلزم الراهن بإعادة الشيء إليه ، وإذا تسلم المرتهن المرهون من جديد عاد الرهن سارياً في مواجهة الغير .

وإذا أخذ الراهن الشيء المرهون من الدائن المرتهن بدون رضاه ، خلصة أو غصباً ، فلا ينقطع سريان الرهن على الغير^(٣) : وكان للدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن ، حتى في مواجهة من يحوزه بحسن نية بشرط أن يطلب استرداده منه خلال فترة الثلاث السنوات التالية لسرقة الرهن .

(١) بودرى ودى لوان فقرة ٨٥ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٨٥ - نقض فرنسي

٣ أغسطس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٢٠٩ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٦ - ص ٣٩٦ .

(٣) استئناف غزلق ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٢٥٩ .

٥٣٩ - إيجار العقار المرهون حيازة للراهن : وإذا كان الشيء

المرهون منقولاً ، فخرج العين من يد الدائن المرتهن إلى الراهن بإيجار لا يبطل الرهن ، ولكنه يجعله غير نافذ في حق الغير .

وإذا كان المرهون عقاراً وأجره الدائن المرتهن للراهن ، وشهر هذا الإيجار بالقيّد ، بقي الرهن نافذاً في مواجهة الغير (م ١١١٥ مدني في رهن العقار) . ويحصل شهر الإيجار بذكره في قائمة قيد الرهن ، إذا ما اتفق على الإيجار عند الرهن ، أما إذا اتفق على الإيجار بعد الرهن ، كان شهر الإيجار عن طريق التبشير به في هامش قيد الرهن (١) .

٤٥٠ - رجوع المرهون إلى حيازة الراهن بسبب لا يفهم به انقضاء

الرهن - نص قانوني : تنص المادة ١١٠٠ مدني على ما يأتي : «

« إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير » (٢) .

(١) انظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً ، دون إخلال بما قد يكون للغير أو للراهن من حقوق » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١٢٠٤ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : « إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائماً ، دون إخلال بما قد يكون للغير من حقوق » ، وأصبح رقم المادة ١١٨٩ . وفي لجنة الشيوخ اعترض أحد أعضاء اللجنة على حكم هذه المادة ، لأن مظهر الرهن الحيازي هو انتقال العين حق حيازة المدين إلى حيازة الدائن ، وحكم المادة يهدم هذا المظهر ويهدم فكرة الرهن الحيازي وضمائنه . فأجابت الحكومة بأن ذلك حداً أدنى يجب التسليم به ، وهو عدم بطلان الرهن إذا عاد المرهون إلى حيازة المدين عن طريق الإجادة . فرد العضو المعارض قائلًا إنه يعلم بذلك ، وأضاف أن المادة أطلقت الحكم وقررت عدم بطلان الرهن إذا =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص . ما يأتي :

« إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأي سبب كان ، كأن يحتله الراهن أو يفتصبه أو يستأجره ، فإن للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً . مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقوق . فلا يسترد الدائن العين المرهونة إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن ، ويستردها مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية . أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل

— عاد المرهون إلى حيازة المدين لأي سبب . وانضم رئيس اللجنة إلى المغزو المقترح ، وأضاف أن عودة الحيازة إلى المدين تعتبر قرينة على الوفاء . وتناقش الأعضاء طويلاً في هذا الخصوص ، وأكد عضو آخر في اللجنة أنه حتى في ظل القانون القائم لا يبطل الرهن الحيازي بين المتعاقدين وإن كانت عودة المرهون إلى حيازة الراهن تعتبر قرينة على أن الحيازة عادت إليه كذلك ، إلا أنه إذا أقيم الدلول على ما يخالف ذلك ، كأن يثبت أن المرهون عاد إلى حيازة المدين بسبب وديعة أو إجارة أو عارية في هذه الحالة لا يبطل الرهن فيما بين المتعاقدين وإذا ترتب حق الغير يكون نافذاً . وقد رؤى حسناً للخلاف حذف هذه المادة ، ثم اتفق على الرجوع عن حذف المادة وتعديلها على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ١١٠٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥) .

التقنين المدني السابق م ٥٤١ / ٦٦٣ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١٠٣٣ : يفقد الدائن امتيازَه إذا خرج الشيء من يده أو من يد

الشخص الآخر الذي اختاره الفريقان .

التقنين الليبي م ١١٠٤ : إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا

أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير .

التقنين المدني العراقي : انظر م ١٣٢١ .

قانون الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

طوعاً عن الحيابة ، وفهم من ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته ، فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم ^(١).

ويخلص من النص سالف الذكر أن الشيء المرهون ، لا يجب فحسب أن ينتقل حيازته إلى الدائن المرتهن ، بل يجب أيضاً أن يبقى في هذه الحيابة طول مدة الرهن .

فإذا خرج الشيء المرهون من حيابة الدائن المرتهن ، وعاد إلى الراهن ، قام ذلك قرينة على أن الرهن قد انقضى ولذلك عاد المرهون إلى حيابة الراهن . فعودة الشيء المرهون إلى الراهن يقضى الرهن في الأصل ، لقيام هذه القرينة .

على أنه يمكن للدائن المرتهن أن يدحض هذه القرينة ، ويلاحظ أن الدائن المرتهن هو الذى عليه أن يدحض القرينة . أما إذا لم يدحضها ، وسكت الراهن ولم يفعل شيئاً ، حكم لمصلحته بانقضاء الرهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، بأن يثبت مثلاً أن الراهن قد اختلس الشيء المرهون أو اغتصبه ، عند ذلك يجب على الراهن أن يرد الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة أيضاً ، بأن يثبت أنه سلم الشيء المرهون للراهن على سبيل الإيجار أو العارية أو الوديعة ، وعند ذلك لا ينقضى الرهن ، ولكن الشيء يبقى في حيابة الراهن حتى ينقضى الإيجار أو العارية أو الوديعة .

وبوجه عام ، يستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، إذا هو أثبت أن رجوع الشيء إلى حيابة الراهن كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، فعند ذلك يبقى الرهن صحيحاً قائماً بين المتعاقدين .

ويجب احترام حقوق الغير ، فقد يتصرف الراهن في الشيء عند رجوع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٢ .

حيازته إليه . بأن يرهنه مثلاً مرة ثانية لدائن مرتين حسن النية . أو يؤجره لمستأجر حسن النية . فيجب عدم الإخلال « بحقوق الغير » ومراعاة حق المرتين الثاني وحق المستأجر

وتقول لجنة مجلس الشيوخ في تقريرها في هذا الصدد : « وقد آرت اللجنة أن تقرر أن الأصل هو انقضاء الرهن متى رجع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن على غرار ما هو مقرر في القانون الخى (السابق) استناداً إلى قرينة تنازل الدائن أو استيفائه لحقه وهى قرينة تستخلص من خروج الحيازة من يده . ولكنها لم تجر هذا الأصل على إطلاقه . بل جعلت للدائن أن يبنى هذه القرينة إذا أقام الدليل على أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . وبديهي أن الحكم قاصر على صلة الراهن بالمرتين ، فهو بهذا التحديد لا يؤثر في حقوق الغير » (١) .

٥٤١ — تحلى المرتين عن الحيازة لغير الراهن : وقد يتحلى الدائن المرتين عن حيازة الشيء المرهون إلى غير الراهن ، فيجوز ذلك ، ولا يبطل الرهن ويبقى صحيحاً .

فيجوز للدائن المرتين أن يؤجر العين المرهونة لمستأجر غير الراهن سواء كان الشيء عقاراً أو منقولاً (٢) .

ويجوز أيضاً للدائن المرتين أن يودع الشيء المرهون أو أن يعيره لشخص غير الراهن . فيضع المودع عنده أو المستعير يده على الشيء المرهون نيابة عن الدائن المرتين ، ويبقى الرهن قائماً صحيحاً (٣) .

٥٤٢ — سريانه أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٩ مدنى . فيما رأيت (٤) . ما يأتى : « ويسرى على الالتزام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٢) استئناف محظوظ ٢١ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٦ ص ٢٠٧ .

(٣) محمد كامل مرعى بفترة ٢٠٢ .

(٤) انظر فقرة ٥٢٢ .

بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتتبع فى تسليم العين المرهونة الأحكام التى تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك » (١) .

وقد سبق أن تكلمنا فى كل ذلك عند الكلام فى البيع ، فلا حاجة إلى التكرار : وإنما يكفينا أن نذكر بالمسائل الأساسية ، فى زمان التسليم ، وفى مكان التسليم ، وفى كيفية التسليم ، ثم ننتهى بكلمة موجزة فيما يترتب على عدم التسليم .

٥٤٣ - زمان التسليم : يجب أن يسلم الراهن الشيء المرهون حيازة إلى الدائن المرتهن (أو إلى عدل) بعد إبرام عقد الحيازة ، لأن التسليم التزام ينشأ من ذلك العقد . ويكون التسليم عادة فور إبرام العقد ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون التسليم بعد ذلك بمدة قد تطول ما دام عقد الرهن قائماً . والمهم أن يتم التسليم قبل أن يتخلى الراهن عن إدارة أمواله ، بناء على حكم مثلاً بقرار إفلاس الراهن (٢) .

ويمكن أن يتم التسليم بعد عقد الرهن بزمان ، ويحتج به على الغير ، إلا إذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون .

٥٤٤ - مكان التسليم : ويتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه الشيء المرهون وقت تمام عقد الرهن ، ما لم يتفق على غير ذلك (٣) .

(١) آنفاً فقرة ٥٣٣ .

(٢) لوران فقرة ٤٨٠ و فقرة ٤٨٢ - جيوار فقرة ١٠٥ - بودرى و دى لوران فقرة

٨٢ - دى هلتس فقرة ٣٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٩ - استثناف وطنى أول - دبير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢١ ص ١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٠ .

٥٤٥ - كيفية التسليم : يكون التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن (أو العدل) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ما دام الدائن المرتهن يعلم بذلك .

ويتم التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المرهون . ففي الأشياء المادية ، يكون التسليم إما حقيقياً ، أو رمزياً كوضع علامة الدائن المرتهن على الأمكنة التى توجد فيها الأشياء المرهونة على أن يكون تخلى الراهن عن هذه الأشياء ظاهراً ظهوراً كافياً^(١) .

وقد يكون نقل الحيازة بمجرد رغبة المتعاقدين ، إذا كان الشيء المرهون قبل الرهن فى حيازة الدائن المرتهن بصفة أخرى كمودع عنده أو مستعير^(٢) . وإذا كان الشيء المرهون مودعاً فى مخزن ، فإن تسليم السند الذى يمكن بموجبه تسليم الشيء من المخزن يعتبر تسليمًا صحيحاً^(٣) .

وإذا كان محل الرهن شيئاً غير مادي ، اختلفت الحيازة باختلاف الحق المسلم . فالديون يعتبر تسليمها بتسليم سندات^(٤) . فإذا لم يكن الدين ثابتاً فى سند مكتوب لم يمكن رهنه^(٥) . وحيازة السندات لحاملها تنتقل بتسليم السند ، وإذا كانت مودعة فى مصرف انتقلت بتسليم الإيصال . وشهادة الاختراع تنتقل بتسليم الشهادة ، وحق الإيجار بتسليم سند الإيجار^(٦) .

(١) جيوار فقرة ٩٦ - بودرى ودى لوان فقرة ١٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ - استئناف مخطوط ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٠ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٦٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ .

(٣) ترولون فقرة ٢٩٩ - فقرة ٣٠٥ - جيوار فقرة ٩٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ .

(٤) جيوار فقرة ٩٠ - بودرى ودى لوان فقرة ٧٤ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٢٢ هـ ٢٠ .

(٥) لوان فقرة ٤٧٧ - جيوار فقرة ٩١ - بودرى ودى لوان فقرة ٧٥ .

(٦) محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٨ - هـ ٣٩٩ .

٥٤٦ - ما يترتب على عدم التسليم : في التقنين السابق : كان رهن الحيازة لا ينعقد دون تسليم ، لأن رهن الحيازة كان عقداً عينياً لا يتم دون أن تسلّم العين المرهونة : وقبل التسليم ، كان اعتبار العقد وعقداً برهن ، يمكن بموجبه إجبار الواعد على التسليم ، فينعقد الرهن الحيازي^(١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا امتنع الراهن ، في عقد الرهن الحيازي ، عن تسليم الشيء المرهون ، أمكن المرتهن أن يجبره على ذلك قضاءً ، ويبطل الرهن إذا بقي المرهون باختيار المرتهن في حيازة الراهن ، أو رجع إليه باختياره أيضاً : فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فتضاوتها بذلك تسليم ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبتته في شأن مسألة وضع اليد . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصباً فلا يبطل الرهن ، بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس^(٢) .

أما في التقنين المدني الجديد ، فالتسليم أصبح التزاماً لا ركناً ، . قبل التسليم يتم رهن الحيازة : ويستطيع الدائن ، عند حلول الدين ، أن ينفذ على العين المرهونة قبل تسليمها باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتبع لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ - ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ .

(٢) نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٨ ص ٤١٤ .

(٣) محمد كامل مرسي فترة ٢٠٦ ص ٤٠١ .

المطلب الثالث

ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه

٥٤٧ - نص قانوني : تنص المادة ١١٠١ مدني على ما يأتي :

« يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه . وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقته الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

« يلتزم الراهن أيضاً بضمان الرهن . فليس له أن يأتي عملاً ينقص من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٧ من المشروع التمهيدى . وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية بسيطة ، وأصبح النص ، تحت رقم ١٢٠٥ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي م ١١٠٥ : يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون .

التقنين العراقي م ١٣٣٥ : يضمن الراهن في الراهن الحيلازى سلامة الرهن ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة المرهون ، أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

قيمة الشيء المرهون : أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن . كأن يخرب العين قبل تسليمها ، أو يعطى عليها للغير حقاً عينياً يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن . وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون ، كما لو كان المرهون مضموناً برهن : فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ، ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن له ^(١) .

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه هو شبيه بضمان البائع . لتعرض : تعرضه الشخصي وتعرض الغير . فتكلم هنا في ضمان الراهن لتعرضه الشخصي : وضمان لتعرض الغير .

٥٤٨ - ضامن الراهن لتعرضه الشخصي : فلا يجوز أن يقوم الراهن لصلحة شخص آخر بترتيب أي حق على الشيء المرهون بشهر قبل قيد الراهن . أو أن يقوم بأي عمل يترتب عليه تخريب الشيء المرهون أو إنقاصه إنقاصاً كبيراً .

وإذا نزع الراهن شيئاً من المال المرهون أو من ملحقاته . كأن يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المبنى فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من الرهن : كأن للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بالضمان . وإذا لم يتسلم المشتري الأنقاض أو تسلمها وهو سيئ النية . فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

وللدائن المرتهن : في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون . وقد أنت مذكرة المشروع التهديدى بمثل على ذلك ، أن يكون المرهون ديناً مضموناً برهن ، والرهن يجب قيده أو يجب تجديده قيده : فيقوم الدائن المرتهن ارتهاً حياً بهذا القيد أو بهذا التجديد . عند ذلك يرجع الدائن المرتهن على الراهن .

بما صرفه في القيد أو في التجديد . ثم يرجع الراهن حيازة بما دفعه في ذلك على الراهن للرهن الضامن للدين .

٥٤٩ - ضمانه الراهن لتعرضه الغير : وفيما يتعلق بتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن . فإذا ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه أولاً ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير .

فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطالب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التأمين المقدم . أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرض الغير (ولتعرضه الشخصى) هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، فالراهن ملزم بأن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التي عقده من أجلها ، فإن اختل غرض . سواء بخطأ الراهن أو بغير خطئه ، وجب على الراهن الضمان .

المطلب الرابع

ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه

٥٥٠ - نص قانوني تنص المادة ١١٠٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، إذا كان الهلاك

أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة » .

« ٢ - وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩

المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه . وبانتقال حق الدائن من

الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق^(١).

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص

ما بأتى :

« يضمن الراهن أيضاً هلاك المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعاً إلى خطئه أو إلى قوة قاهرة ، ويكون للدائن المرتهن فى الحالة الأولى الخيار بين انقضاء الدين فوراً أو المطالبة بتأمين آخر ، وفى الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين ، وهذه هى نفس قواعد الرهن الرسمى . وتتبع أيضاً هذه القواعد فى انتقال الرهن من الشيء المرهون إلى ما يحل محله من حقوق ، كتعويض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدى ، وفى لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية بسيطة ، فصار النص ، تحت رقم ١٢٠٦ فى المشروع النهائى ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٣٥ : ١ - الدائن مسئول مبدئياً عما يصيب الشيء المرهون من هلاك أو تعيب ٢ - والرهن مازم بما أنفقه الدائن لصيانة هذا الشيء .

التقنين المدنى الليبى م ١١٠٦ : ١ - يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو فاشئاً عن قوة قاهرة . ٢ - وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٥٢ و ١٠٥٣ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنأ اتفاقياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق .

التقنين المدنى المرقى م ١٣٣٦ : ١ - إذا هلك الشيء المرهون رهنأ حيازياً أو تعيب قضاء وقدرأ ، كان ملاكه أو تعيبه على الراهن . ويتبع فى تخيير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاء وقدرأ أو بخطأ أحكام الرهن التأمينى الواردة فى المادة ١٢٩٧ . ٢ - وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذى قد يحل محله ، وفقاً لأحكام الرهن التأمينى الواردة فى المادة ١٢٩٨ .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شيء .

أو مبلغ التأمين . أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن نفسه . فإنه يكون مستثلاً عن التعويض ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض « (١) .

والمادة ١١٠٢ مدني تجعل المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ تنطبقان على رهن الحيازة ، وهذا هو نص المادتين :

م ١٠٤٨ : « ١ - إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً . ٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين . كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يرفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ - وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر » .

م ١٠٤٩ : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

وعلى ذلك نتكلم في إيجاز في المسائل الآتية : (١) هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن . (٢) هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن . (٣) هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي . (٤) تعرض الشيء للهلاك أو التلف . (٥) انتقال الرهن إلى الحق الذي حل محل الشيء .

٥٥١ - هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن : فإذا كان الهلاك أو

التلف بخطأ الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار ، بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالاً فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لحانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ الراهن فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن .

٥٥٢ - هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن : وإذا كان

الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن ، وهذا قد يحدث لأن الدائن المرتهن يكون الشيء عادة في حيازته في رهن الحيازة . فلا يجوز أن يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك أو التلف بخطأه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . ويحل هذا التعويض محل ما هلك من الشيء أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن ، وهذا مثل من أمثلة الحلول العينية .

٥٥٣ - هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي : وإن كان الهلاك

أو التلف بسبب أجنبي لا بد للراهن ولا للدائن المرتهن فيه ، كان الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن ، أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف .

فإذا اختار الراهن الأمر الأول . وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد ، فإن الراهن يستنزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، عن المدة ما بين وفاء الدين وحلول أجل الدين في ميعاده الأصلي . وإذا كان الراهن غير المدين ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين على هذا النحو أى مع

انتقاص النوائد ، ورجع بالدين كاملاً عند حلول أجله الأصلي على المدين .

وهذه الرعاية لجانب الراهن سببها أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبي ، فوجب أن يكون الخيار له .

٥٥٤ - **نقص الشيء للهلك أو التلف :** وإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض الشيء المرهون للهلاك أو التلف ، أو تجعله غير كاف للتأمين ، ولم يكن للراهن يد في هذه الأعمال ، كما إذا أزمع الحار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار ، جاز للدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك .

فيجوز له ، دون وساطة الراهن ، أن يطلب من القاضي أن يحكم وقف هذه الأعمال . فيمنع الحار من أن يقيم البناء في وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون .

وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ما يكفي لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ سالف الذكر^(١) في هذا الصدد : « وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر » .

٥٥٥ - **انتقال الرهن إلى الحق الذي مل محل الشيء :** وإذا هلك المرهون أو تلف لأي سبب كان ، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، ولكن ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه ، تطبيقاً لنظرية الحلول العيني .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ويورد نص المادة ١٠٤٩ مدني (١) أمثلة ثلاثة : حق التعويض في ذمة الغير ، ومبلغ التأمين ، والتمن الذي تقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى . فقد يكون هلاك الشيء المرهون نتيجة لغارة جوية أو زلزال ، وتقدم الدولة تعويضاً للمكوبين فيحل التعويض محل الشيء . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ويبيعه أنقاضاً للمشتري ، فيحل التمن في ذمة المشتري محل المبنى جزئياً .

فما دام الحق قد استحق في مقابل هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، فإنه حل محل الشيء حلولا عينياً . وينتقل حق الدائن المرتهن ، بحكم هذا الحلول العيني ، من الشيء الهالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله « (٢) . وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً . وإذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه فدفعت شركة التأمين كل قيمته ، حلت هذه القيمة محل الشيء المرهون ، وكان الدائن مخيراً بين استبقائها مرهونة في حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل . وقد يكون هلاك الشيء المرهون أو تلفه بفعل الغير ، وهذا سبب أجنبي ، فيدفع الغير تعويضاً يحل محل الشيء المرهون ، ويستطيع المدين الراهن أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن المرتهن بدلا من وفاء الدين قبل حلول الأجل .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كانت البضاعة المرهونة والماؤمن هابها قد احترقت وتقرر حق الدائن المرتهن في مبلغ التأمين المستحق ، وكان مقتضى ذلك حلول مبلغ التأمين محل البضاعة المرهونة ، فإنه ليس هناك محل لرجوع المدين الراهن على الدائن المرتهن ، وحسبه أن تجري المسبة بينهما على أساس عقد القرض المضمون بالرهن (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١١ ص ١٣٤٧) .

المبحث الثاني

التزامات الدائن المرتهن حيازة

٥٥٦ - التزامات أربعة : ويلتزم الدائن المرتهن حيازة بالتزامات

أربعة :

- (١) المحافظة على الشيء المرهون . (٢) واستثماره . (٣) وإدارته .
- (٤) ورده إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه .

ويسرى على رهن الحيازة ما يسرى على الرهن الرسمي : (١) إذا كان الراهن غير المدين . فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال (م ١٠٥٠ مدني) . (٢) أحكام المادة ١٠٥٢ مدني المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات .

المطلب الأول

المحافظة على الشيء المرهون

٥٥٧ - نص قانوني : نصت المادة ١١٠٣ مدني على ما يأتي :

« إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٠٧ في المشروع النهائي . وأمره مجلس النواب تحت رقم ١١٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ - ص ٢١٢) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التهديدي . في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« ٢ - فالدائن المرتهن ، إذا تسلم الشيء . يكون مسئولاً عن حفظه وصيانته ، ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد . وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . ومما يدخل في العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشيء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة . ويجوز للراهن في هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأميناً آخر يكون كافياً » (١) .

وبلاحظ أن هذا الالتزام في ذمة الدائن المرتهن (المحافظة على الشيء

— التقنين المدني السابق م ٥٤٤ / ٦٦٦ : الشيء المرهون ذو تحت حفظ الحائز له ، وإذا تلف بسبب قهري فتلفه على مالكه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١٠٦٦ : ١ - على الدائن أن يمتثل بصيانة العقار المرهون ويأجره التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات ، أو أن يستوفيهما بالانفضية من ثمن العقار . ٢ - وله دائماً أن يرفع هذه الالتزامات من عاتقه بتخليه عن حق الرهن .

التقنين المدني الليبي م ١١٠٧ : إذا تسلم الدائن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه .

التقنين المدني العراقي م ١٣٣٨ / ١ : على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف ، على أن يرجع بذلك على الراهن . وهو مسئول من هلاكه ، كلاً أو بعضاً ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٧ ص ٢١١ .

المرهون) . وما يليه من التزامات ثلاثة أخرى في ذمة الدائن المرتهن (استثمار الشيء المرهون وإدارته ورده) . إنما تترتب جميعاً بتسليم الدائن المرتهن للشيء المرهون إذ أن تسليم الدائن المرتهن الشيء المرهون هو التزام في ذمة الراهن أطلقنا القول فيه فيما تقدم . وقبل أن يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون . لا يكون عليه شيء من هذه الالتزامات الأربعة ، فهي التزامات لا توجد إلا بعد أن ينفذ الراهن التزامه من تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن .

ونتكلم ، في صدد هذا الالتزام (المحافظة على الشيء المرهون) فيما يأتي : (١) الالتزام تعاقدى وما يستتبع ذلك (مقدار العناية - إثبات السبب الأجنبي) . (٢) ما يدخل في العناية المطلوبة . (٣) المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء . (٤) جزاء الالتزام بالمحافظة على الشيء .

٥٥٨ - التزام المحافظة على الشيء التزام تعاقدي : فإذا تسلم الدائن

المرتهن الشيء المرهون ، فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وبصيانته . فيجب عليه أن يقوم بما يلزم لحفظ الشيء ، ولجعله : يقوم بعمله ويؤدي مهمته . فإذا كان الشيء ديناً مضموناً برهن رسمي ، وجب عليه أن يجدد قيد الرهن في الوقت المناسب^(١) . وإذا كان الدين مهدداً بالسقوط بالتقادم ، وجب عليه أن يقطع المدة^(٢) . وإذا كان المرهون كميالة . وجب عليه أن يطالب بالوفاء بها عند الاستحقاق^(٣) ، وأن يقوم بعمل البروتستو عند عدم الدفع^(٤) . وإذا كانت المحافظة على الشيء في حاجة إلى

(١) جيوار فقرة ١٨٨ - بودري ودي لوان فقرة ١٣٧ - چوسران ٢ فقرة ١٥٣٠

(٢) جيوار فقرة ١٨٨ - استنات مخطط ٩ يوفيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢١ .

(٣) استنات مخطط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٨ .

(٤) بون ٢ فقرة ١١٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٤٢٣ .

خبرة خاصة غير متوافرة في الدائن المرتهن ، وجب عليه الاستعانة بمن تتوافر فيه هذه الخبرة الخاصة (١) .

والعناية المطلوبة في المحافظة على الشيء المرهون هي عناية الشخص المعتاد ، لا أزيد ولا أقل . فلو أن الدائن المرتهن كان معروفاً بالحيلة والتدبر في أموره ، ويزيد على الشخص المعتاد في عنايته بشئونه . لم يطلب منه كل هذه العناية في المحافظة على الشيء المرهون . وإلا فإنها عناية تزيد على عناية الشخص المعتاد . كذلك إذا كان الدائن المرتهن معروفاً بالإهمال وعدم التحوط ، لم يكتف منه بهذه العناية ، وإلا فإنها عناية تقل عن عناية الشخص المعتاد . والمطلوب هو عناية الشخص المعتاد ، لا أقل ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شئونه الخاصة أقل من عناية الرجل المعتاد . ولا أكثر ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شئونه الخاصة أزيد من عناية الرجل المعتاد .

ثم إن هذا الالتزام التزام تعاقدى ، لأنه ينشأ من عقد الرهن فيما بين الدائن المرتهن والراهن . ومعنى أنه التزام تعاقدى أنه يفرض أن الدائن المرتهن قائم به ، فلا حاجة لتحمل الراهن أى عبء في الإثبات .

فما دام الشيء لم يصبه أى مكروه ، ولم يهلك ولم يتلف ، فالمفروض أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد . وقد سبق أن بحثنا الحكم فيما إذا هلك الشيء أو تلف ، بتقصير الراهن ، أو بتقصير الدائن المرتهن ، أو بسبب أجنبي ، ولم نعرض في ذلك لمسألة الإثبات .

أما هنا فنقول إن عبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، لأن الالتزام

(١) انظر بودرى ودی لوان نقرة ١٢٩ وفقرة ٢١٤ - استئناف مختلط : نوفمبر

سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٩ - ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٣ .

وبرجع الدائن المرتهن بالمصرفات على الراهن (محمد كامل مرتضى نقرة ٣٠٩ ص ٤٠٥

هاشر ٣) .

تعاقدى . فما دام الشيء المرهون سائياً ، . فهذا دليل على أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد . أما إذا هلك الشيء أو تلف أو أصابه خلل ، فإن الراهن لا يكلف بأى إثبات . ومن حقه أن يعتبر أن الدائن المرتهن لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد ، وأنه مسئول عن هذا الخلل . وعبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، فهو مسئول عن الخلل إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو الخلل يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذه المسئولية تعاقدية . فهو مسئول عن هلاك الشيء ، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه » (١) .

وخلاصة القول هنا أن أى هلاك أو تلف أو خلل فى الشيء المرهون ، بعد أن يتسلمه الدائن . يفرض أنه حصل بخطأه ، ما لم يثبت هو أنه حصل بخطأ الراهن أو بخطأ الغير أو قضاء وقدرأ . أى ما لم يثبت هو أنه حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه

٥٥٩ — ما يبرهن فى العناية المطلوبة — نص محذوف : وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ١٥٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا كان الشيء المرهون مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك . وفى هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشيء ، إذا قدم للدائن تأميناً آخر يراه القاضى كافياً » .

وقد تليت هذه المادة فى لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها اكتفاء بالقواعد العامة (٢) .

والقواعد العامة تكنى ، فى الواقع من الأمر . للوصول إلى حكم هذه

(١) آنذا فقرة ٥٥٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ — ص ٢١١ فى الهامش .

المادة دون حاجة إلى نص خاص بذلك . فالدائن المرتهن هو الذى انتقلت إليه حيازة الشيء المرهون . فيعلم بطبيعة الحال حالة هذا الشيء . وما إذا كان مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . فإذا كان مهدداً بذلك . كان الأمر خطيراً ولم يستطع السكوت على ذلك .

فعليه أن يبادر إلى إخطار الراهن بحالة الشيء المرهون . فإذا رأى الراهن أن بقاء الشيء بحالته عند الدائن المرتهن يهدد هذا الشيء . وأن الشيء قد يهلك أو يتلف أو يصيبه نقص فى القيمة ، فله أن يسترد الشيء من الدائن المرتهن ، على أن يقدم له تأمينا آخر يراه القاضى كافيا .

فيدخل إذن فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن ، أن يخطر الراهن بما يهدد الشيء المرهون من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . حتى يستطيع الراهن أن يكون ملماً بحالة الشيء ، فيكون على بصيرة من أمره . وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى :
« وما يدخل فى العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشيء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة . ويجوز للراهن فى هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأمينا آخر يكون كافياً (م ١٥٤٠) من المشروع التمهيدى » (١) .

٥٦٠ - المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء : وقد ينفق

الدائن المرتهن ، فى المحافظة على الشيء المرهون وصيانته . مصروفات تقتضيها أعمال المحافظة والصيانة . مثل ذلك مصروفات تجديد القيد ، وقطع المدة فى التقادم ، والوفاء بالكمبيالة ، وعمل البروتستو ، ونحو ذلك (٢) .

(١) انظر آتياً نفقة ٥٥٧ .

(٢) انظر آتياً نفقة ٥٥٨ .

وهذه المصروفات ينفقها الدائن المرتهن . ولكن يكون له حق الرجوع بها على المستفيد الحقيقي منها . وغالباً يكون الراهن ، أو المدين . أو المدين الراهن إذا كانا شخصاً واحداً^(١) .

٥٦١ - جزاء الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون : وقد لا يقوم

الدائن المرتهن بالتزامه بالمحافظة على الشيء المرهون . أو يخل بهذا الالتزام .

وهنا يجب تطبيق القواعد العامة .

وهذه تعني بأهمية المخالفة ، وما أصاب الراهن أو غيره من ضرر بسببها .

فإذا كان الضرر غير جسيم . فقد يكفي الحكم بالتعويض لتضرور جزاء للدائن المرتهن لعدم القيام بالتزامه .

أما إذا كان الضرر جسيماً ، ولا يؤمن بقاء الشيء المرهون في يد الدائن المرتهن ، فقد يصل الأمر . فوق الحكم بالتعويض . إلى وضع الشيء المرهون تحت الحراسة .

المطلب الثاني

استثمار الشيء المرهون

٥٦٢ - نص قانوني : تنص المادة ١١٠٤ مدني على ما يأتي :

- ١ - ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون متقابل .
- ٢ - وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ، ما لم يتفق على غير ذلك .
- ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال

(١) انظر استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٦٥ - دي هنتن بقرة

١٠٤ - جرائدولان بقرة ١٨٠ - عبد كامل . مرسى بقرة ٢٠٩ ص ٤٠٧ .

الشيء يخضع من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله . على أن يكون الخضم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤١ من المشروع التمهيدي ، وأجرت لجنة المراجعة تعديلات لفظية في النص حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

التقنين المدني السابق م ٥٤٥ / ٦٦٧ : لا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالرهن بدون مقابل . بل عليه أن يسعى في الاستغلال من الرهن بحسب ما هو قابل له ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . وهذه القلة تستلزم من الدين المؤمن بالرهن ، ولو قبل حلول الأجل ، بحيث أنها تستلزم أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١٠٦٥ : ١ - لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضا المدين منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغل منه كل الثمار التي يمكن أن يخلها ٢ - وتحسم هذه الثمار من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، بحسبة أولاً على الفائدة والتفقات ثم على رأس المال . وانظر أيضاً م ١٠٣٦ وم ١٠٣٧ .

التقنين المدني الليبي م ١١٠٨ : ١ - ليس للدائن أن ينتفع بالثمن المرهون دون مقابل . ٢ - وعليه أن يستثمر استثماراً كاملاً ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخضع من المبالغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخضم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

التقنين المدني العراقي م ١٣٤٠ : ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل . وما حصل عليه من صافي ربحه وما استفاده من استعماله يخضع من الدين الموثوق بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخضم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التمريض ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبناني م ١١١ : لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضا المدين منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغل كل الثمار التي يمكن أن يخلها ، وتحسم هذه القلة من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، بحسبة أولاً على الفائدة والتفقات ، ثم على رأس المال .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى . فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

١ - يلتزم الدائن باستثمار الشئ المرهون الاستثمار الذى يصلح له .
وأن يبذل فى استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد ، ولا يغير من الطريقة
المألوفة لاستغلاله إلا برضاء الراهن . ويبادر إلى إخطار الراهن بكل
ما يقتضيه أن يتدخل . فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ،
كان للراهن أن يطلب وضع الشئ تحت الحراسة ، كما يجوز له أن يرد
الدين فيسترد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة
بسرهما القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحاول .

٢ - وما ينتج من الغلة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حل أجله ،
على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن فى المحافظة على الشئ
وما عسى أن يستحقه من تسويض ، ثم من المصروفات والفوائد . ثم من
أصل الدين . والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر
من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلاً عن نفسه
لا نائباً عن الراهن « (١) .

ونتكلم هنا فى المسائل الآتية : (١) وجوب استثمار الشئ المرهون
بمقابل . (٢) كيفية الاستثمار . (٣) العناية الواجب بذلها فى الاستثمار .
(٤) توزيع ما ينتج من الاستثمار . (٥) جزاء إخلال الدائن المرتهن
بهذا الواجب من العناية . (٦) الاتفاق على جعل الثمار فى مقابل الفوائد
(م ١/١١٠٥ مدنى) . (٧) عدم تعيين ميعاد لحول الدين المضمون
(م ٢/١١٠٥ مدنى) .

٥٦٣ - وجوب استثمار الشئ المرهون بمقابل : ولا يجوز للدائن
المرتهن أن ينتفع بالشئ المرهون دون مقابل (م ١/١١٠٤) ، بل إن

انتفاعه . يجب أن يكون له مقابل^(١) يخصم من الدين على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

ويجب على الدائن المرتهن ، ما دام الشيء المرهون صالحاً للاستثمار ، أن يستثمره استثماراً كاملاً . ولهذا أوجب القانون نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حتى يستثمره .

ويجوز اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على أن يستثمر الدائن المرتهن الشيء المرهون ويستبقه عنده ضماناً لحقه ، ولكن لا بد من اتفاق على ذلك . وبدون هذا الاتفاق يتعين على الدائن المرتهن بمجرد تسلمه الشيء المرهون أن يستثمره استثماراً كاملاً . وأن يخصم حاصل هذا الاستثمار على نحو معين^(٢) سنينه فيما بعد .

٥٦٤ - كيفية الاستثمار : يكون استثمار الشيء المرهون استثماراً

كاملاً فى الوجه الذى يصلح له ، وبالطريقة المألوفة لاستثمار الشيء . فلا يجوز للدائن المرتهن تغيير هذه الطريقة المألوفة . إلا إذا رضى الراهن بذلك .

فاستغلال الأراضى الزراعية استغلالاً معتاداً يكون بزرعها بالمحصولات

(١) وذلك لمنع الحصول على فوائد فاحشة يحرمها القانون (استئناف وصى ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ - استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن فى حقيقة الواقع المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها ، وإجراء المقاصة بين هذا الريع وبين الدين المضمون وتوابعه (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٢٩٣ رقم ١١) .

وقضت أيضاً بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال وإدارة الدين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً عن ريع ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وسنوية الحساب بينهما (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ١٠) .

العادية كالقطن والقمح والأذرة والرز والبرسيم وما إلى ذلك ، أو بتأجيرها إلى من يقوم بزراعتها على هذا النحو . واستغلال حدائق الفاكهة أو الورد يكون بزراعتها فاكهة أو ورداً أو بتأجيرها لهذا الغرض ، ولكن لا تجوز زراعة هذه الأرض بالمحصولات العادية كالقطن والقمح .

واستغلال المنازل والبيوت يكون بسكنائها ، أو بتأجيرها للسكنى^(١) . ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضاء الراهن .

وكذلك الأمر في الأرض الفضاء ، وفي الفنادق وفي المصانع ، وفي الأشياء المنقولة^(٢) ، وفي الديون ، وفي الأشياء المعنوية ، وفي غير ذلك^(٣) . وعلى الدائن المرتهن أن يبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل ، كإصلاح الشيء وترميمه . وكعدم صلاحية الشيء للاستثمار ، وكهلاك الشيء أو تلفه أو نقص قيمته . وغير ذلك مما يحدث للشيء^(٤) .

(١) استئناف مخنلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

(٢) في القانون المدني الفرنسي ليس للدائن المرتهن حق استغلال المنقول المرهون من غير رضاه المدين الصريح أو الضمني ، ويعتبر المنقول المرهون ودیعة فی يد الدائن المرتهن لضمان حقه ، والثمار الناتجة من المنقول تكون ملكاً للمدين الراهن مع اعتبارها داخلة في حق الرهن أي مرهونة لأنها تابعة للشيء المرهون . فيجب على الدائن المرتهن أن يحفظ الثمار حيناً إذا كان ذلك ممكناً ، وإلا فيجب عليه أن يبيعها مع خصم ثمنها من الفوائد أو أصل الدين (بون فقرة ١١٨١ وفقرة ١١٨٢ - جيوار فقرة ١٤٢ مكررة - بودري ودي لوان فقرة ٩٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يبين طريقة خاصاً يجب اتباعه في تقدير ربح العين المرهونة رهناً حيازياً عند إجراء عملية استهلاك دين الراهن ، ومن ثم كان هذا التقدير مستقلاً به محكمة الموضوع ما دامت تبنيه على أسباب ماثلة (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٨ ص ٨١٥) .

(٤) انظر في نفس حكم لم يبين الأسباب في اعتبار الدائن مقصراً في استغلال العين : نفس مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٢٩٣ رقم ١٣ .

وانظر نفس مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٢٩٣ رقم ١٢ - ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٤ رقم ١٤ .

٥٦٥ - العناية الواجب بذاتها في الاستثمار : ويجب أن يكون الدائن المرتهن معنياً باستثمار الشيء المرهون ، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد :

فالعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل المعتاد ، لا أكثر من ذلك ولو كان يبذل عناية فائقة تزيد على عناية الرجل المعتاد في شؤونه الخاصة ، ولا أقل ولو كان معروفاً بالإهمال في شؤونه الخاصة ويبذل فيها عناية أقل من عناية الرجل المعتاد .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتى : « يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون بالاستثمار الذى يصلح له ، وأن يبذل في استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد » (١)

٥٦٦ - توزيع ما ينتج من الاستثمار : وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١١٠٤ ملنى ما يأتى : « وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله . على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد . ثم من أصل الدين » .

والذى ينتج من الاستثمار . أى ما حصل عليه الدائن من صافى الربح بعد خصم مصروفات الاستثمار . وما استفاده من استعمال الشيء كسكنائه أو جنى ثماره وغلته ، يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو قبل حلول أجله . لأن الدائن المرتهن قد استفاد أو استفاد به . فهذا يعتبر ، إلى جانب ما يسدده الراهن أو المدين نقداً . مصدراً آخر لسداد الدين المضمون بالرهن .

وبوزع على النحو الآتى :

(١) أنفاً فقرة ٥٦٢ .

أولاً - سداد ما للدائن ، مما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات .
 فما أنفقه الدائن في المحافظة على الشيء . ويجوز الرجوع به على الراهن ،
 يستوفيه الدائن المرتهن من هذه الغلة ، لأن الغلة للراهن ومصرفات
 المحافظة على الشيء على الراهن . فيقاص هذا في ذلك . . ويستوفى الدائن
 المرتهن أيضاً من الغلة ما صرفه في إصلاح الشيء المرهون . لأن ما صرفه
 في ذلك يرجع به على الراهن ، والغلة ملك الراهن فيستطيع الدائن المرتهن
 الرجوع على الغلة في هذه المصروفات .

ثانياً - سداد ملحقات الدين من مصروفات وفوائد . ويبدأ بالمصروفات ،
 فما صرفه الدائن المرتهن في الدين من سمرة وأتعاب محاماة وقيد وتجديد
 القيد وغير ذلك . يستوفيه الدائن المرتهن من الغلة ، لأن له الرجوع به
 على المدين وهو مضمون بالرهن . فيرجع به على الغلة . ثم بعد المصروفات
 تأتي فوائد الدين ، ما ضمن منها بالرهن من تلقاء نفسه وما اشترط أن
 يضمنه الرهن ، وهذه الفوائد يستوفيه الدائن المرتهن أيضاً من الغلة .

ثالثاً - سداد أصل الدين . فإن بقي من الغلة شيء بعد كل ما تقدم ،
 فإنه يذهب لسداد أصل الدين كله أو بعضه . بعد أن يستوفى الدائن المرتهن
 من الغلة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم بعد أن
 استوفى من الغلة ملحقات الدين من مصروفات وفوائد (١) .

٤٦٧ - جزاء إخلال الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية : وقد

جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : « فإن أخل الدائن المرتهن بهذا
 الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة .

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : والحق في أخذ الغلة وخصمها على
 النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلاً من
 نفسه وذنباً عن الراهن . (آنفاً فقرة ٤٦٢) . وقد قضى بأن الدائن المرتهن لا يعتبر وكيلًا
 عن الراهن (أسيوط استئناف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ١٠٤) .

كما يجوز له أن يرد الدين فيسرد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول (١) .

فالدائن المرتهن عليه واجب هو أن يبذل في استثمار الشيء المرهون عناية الرجل المعتاد كما قدمنا ، وعليه توزيع ما ينتج من الاستثمار على نحو معين . فإن قصر في شيء من ذلك فإن مذكرة المشروع التمهيدى تقرر للراهن حقين :

(الحق الأول) له أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة . فالرهن لا يزال قائماً ، والشيء لا يزال مرهوناً . ولكن الدائن المرتهن لا يوليه العناية الواجبة وهي عناية الشخص المعتاد . فيوضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، والحارس هو الذى يعنى به ، فيوليه عناية الشخص المعتاد . (الحق الثانى) وللمدين الراهن أيضاً أن يرد الدين المضمون بالرهن قبل حلول أجله الأصلى ، ومتى رد الدين استرد الشيء المرهون بعد أن انتضى الرهن على هذا النحو . ويلاحظ . عند رد الدين . أن الدين إذا كانت له فوائد ، فقد وقف سريان هذه الفوائد قبل ميعاد الحلول الأصلى ، وعند دفع الدين . أما إذا لم يكن للدين فوائد . فإن الراهن له أن يخصم من الدين عند رده فوائد بالسعر القانوني (٤٪ فى المسائل المدنية و ٥٪ فى المسائل التجارية) ، عن المدة ما بين وقت دفع الدين ووقت حلول ميعاده الأصلى .

٥٦٨ — ارتفاع على جعل الثمار فى مقابل الفوائد — نص قانونى :

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٥ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً وانتفق الطرفان على أن تحمل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً فى حدود

أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية» (١) .
ويؤخذ من هذا النص أنه إذا اتفق الطرفان . المدين الراهن والدائن المرتهن ، على أن تكون ثمار الشيء المرهون أو إيراده (ثماره المدبنة) أو بعضها في مقابل الفوائد . لم يسر هذا الاتفاق في جميع الأحوال على علاته .
فإذا كانت ثمار الشيء المرهون « أو بعضها » لا تتجاوز ٧ ٪ من الدين المضمون بالرهن ، سرى الاتفاق ، واعتبرت الفائدة هي الثمار (أو بعضها) وهي لا تتجاوز ٧ ٪ من الدين ، فتكون الفائدة لا تزيد على الحد الأقصى الذي يسمح به القانون للفوائد الاتفاقية . فقد تكون مثلاً ٤ ٪ أو ٥ ٪ أو ٦ ٪ أو ٧ ٪ . وهذا كله جائز . وبعد أن يستولى الدائن المرتهن على الثمار ، يبقى أصل الدين . يسدده المدين الراهن للدائن المرتهن على الوجه الذي يتفقان عليه .

وإذا كانت ثمار الشيء المرهون (أو بعضها) تتجاوز ٧ ٪ من الدين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٢ / ١ من المشروع التمهيدي . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة على النص فصار مطابقاً ، تحت رقم ١٢٠٩ / ١ في المشروع النهائي ، لما استقر عليه في اللغتين اللذان الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٩٤ / ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٥ / ١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ - ص ٢١٧)

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي م ١١٠٩ / ١ : إذا كان الشيء المرهون ينج ثماراً أو إيراداً وانفق الطرفان على أن يعمل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً في حله ، وما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

نقن الملكية العقارية الثاني : لا شيء .

• حسب للدائن إلا مقدار ٧ ٪ ، وما زاد على ذلك يخصم من أصل الدين (١) .
 • ما يبنى من أصل الدين ، يتفق الطرفان على سداده بالطريقة التي يربانها .
 وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى هذا الصدد ، ما يأتى :
 « ويقع أن يسلم الراهن العين المرهونة للدائن ، على أن تكون الثمار فى
 مقابل الفوائد . فيجب أن يخصم الثمار فى حدود أقصى ما يسمح به القانون
 من الفوائد الاتفاقية ، فإذا زادت الثمار على هذا الحد الأقصى فما زاد منها
 يخصم من أصل الدين » (٢) .

٥٦٩ - عدم نصيب ميعاد لحلول الدين المضمون - نص قانونى :

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٥ مدنى على ما يأتى :
 « فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع

(١) وكل اتفاق على غير ذلك باطل (استئناف وطنى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة
 الرسمية ١٢ رقم ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ - أول يناير
 سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٦٤ ص ٢٤٨ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ امانة ٩ رقم ٤٦٣
 ص ٨٤٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه فى الأحوال التى ينص فيها عقد رهن الحيازة
 على جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة مقابل فائدة الدين ، يعمل بشرط الانتفاع ولا يكون
 للمرتهن الحق فى المطالبة باحتساب فائدة معينة لديه لأن هذا الاتفاق معناه الاكتفاء بالفئة نصت
 أو زادت . على أنه على كل حال لا يصح أن تتجاوز تلك الفئة أقصى فائدة يسمح بها القانون وهى
 ٩ ٪ ، ورقابة المحاكم فى هذه الحالة تكون مقصورة على عدم تمكين المرتهن من الحصول على
 حصة أكثر من المسموح به قانوناً (استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم
 ٤٦٣ ص ٨٤٥) .

وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا كانت غلة العين المرهونة رهنًا حيازياً
 تغل عن ٩ ٪ سنوياً ، كان للدائن المرتهن أن يستولى عليها كاملة كفاتحة مدين ساحة قانوناً
 أما إذا زادت عن ٩ ٪ سنوياً تعين استئصال الزيادة من أصل دين المرتهن (الاسكندرية الكلية
 د. ١٩٢٧ امانة ١٩ رقم ٥٦ ص ١١٧) .

ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تتجاوز قيمة الثمار . فإذا لم يعين ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا عن طريق استنزائه من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد^(١).

وهذه صورة اتفاق أخرى ، أكثر شيوعاً في العمل ، ومستمدة من الفاروق التي أبطل العمل بها بعد أن زالت الأراضي الخراجية .

لا يتفق الطرفان ، المدين الراهن والدائن المرتهن ، على جعل الثمار في مقابل الفوائد ، ويسكتان عن تحديد سعر الفائدة ، ولا يعينان ميعاداً لحلول الدين المضمون .

عند ذلك تحسب الفائدة على أساس السعر القانوني ، لأنها لم تحدد . وفي الغالب تكون الثمار أكثر من السعر القانوني للفائدة ، الذي هو ٤ ٪

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٢ / ٢ من المشروع التمهيدي . وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، فصار النص ، تحت رقم ٢/١٢٠٩ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١١٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/١١٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ - ص ٢١٧) .

القنن المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي م ٢/١١٠٩ : فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تتجاوز الثمار . فإذا لم يعين ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا عن طريق استنزائه من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية المقارنة اللبناني : لا شيء .

أو ٥ ٪ . فيستولى الدائن المرتهن على الثمار ، ويجعل منها ٤ ٪ وأو ٥ ٪ فوائد للدين ، وما بقى من الثمار بعد ذلك يسدد به أصل الدين . فإذا كانت الثمار تبلغ مثلاً ١٢ ٪ من الدين وكانت المسألة مدنية ، استولى الدائن من الثمار على ٤ ٪ من الدين في مقابل الفوائد . وما بقى من الثمار بعد ذلك ، وهو ٨ ٪ من الدين كل سنة ، يستولى عليه الدائن ليسدد منه أصل الدين ، فيسدد أصل الدين في ١٢ ½ سنة ($12\frac{1}{2} \times 8 = 100$) . ويتحتم على الدائن أن يستوفى أصل الدين على هذا النحو ، أى من فائض الثمار . وإذا أراد المدين الراهن أن يتعجل ، فله أن يدفع ما بقى من أصل الدين في أى وقت أراد .

وإذا فرض أن الثمار لا يبقى منها شيء لسداد أى جزء من أصل الدين ، بل كانت مثلاً ٤ ٪ من الدين (والمسألة مدنية) أو أقل من ذلك ، استولى عليها الدائن المرتهن في مقابل الفوائد ، ولو كانت أقل من ٤ ٪ من الدين . ويبقى أصل الدين لم يسدد منه شيء حتى يتفق الطرفان على تسديده . فإن لم يتفقا ، اعتبر الدين غير محدد الأجل ، ويحدد القاضى أجلاً لحلولة ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً من المدين عناية الرجل الخريص على الوفاء بالتزامه . ويستطيع المدين أن يوفى الدين في أى وقت يشاء ، متى استطاع ذلك ، فيسترد العين المرهونة .

وقد ورد ذلك في مذكرة المشروع التمهيدى ، على الوجه الآتى :

« والذى يقع كثيراً أن يسلم الراهن العين للدائن ، ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، وهذه هي صورة للغارقة التى أبطلت . فيجب تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة ، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تتجاوز الثمار . فإذا بقى شيء من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار . فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد

القاضي أجلاً للحلول ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضياً عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (انظر م ٣٩٥ من المشروع) . وغنى عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفى الدين في أى وقت شاء ، فيسترد العين المرهونة ^(١) .

المطلب الثالث

إدارة الشيء المرهون

٥٧٠ - نص قانوني : نصت المادة ١١٠٦ مدني على ما يأتي

« ١ - يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد . وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن . ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله » .

« ٢ - فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو إدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ، وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله . فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين ^(٢) » .

(١) مجموعة لأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٣ من المشروع التمهيدي . وأدخلت

لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التاليفين الثاني والحادي ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ١٢١٠ في المشروع الثاني . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٦ (مجموعة لأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٢ - ص ٢٢٠) .

ونتكلم فيما يأتي : (١) كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود . (٢) العناية الواجب بذلها في إدارة الشيء المرهون . (٣) المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن في الإدارة . (٤) الجزاء على سوء الإدارة .

٥٧١ - كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود :

وبمجرد أن يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ويصير في حيازته ، عليه أن يتولى إدارته . فهو الذي يحوزة ، فلا يوجد غيره يصلح لهذه الإدارة . ويديره الإدارة المعتادة المألوفة ، وكما كان يديره الراهن قبل أن

التأمين المدني السابق : لا مقابل .

التأمينات المدنية العربية الأخرى :

التأمين المدني للسوري : لا شيء .

التأمين المدني الليبي م ١١١٠ : ١ - يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن

يبدل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل العادي ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن من كل أمر يقتضي تدخله .

٢ - فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا

جسيما ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع

ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبالغ المضمون بالرهن لا تسري عليه فائدة ولم يكن قد حل

أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبالغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن

المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

التأمين المدني للمراقي م ١٢٣٩ : ١ - يتولى المرتهن إدارة المرهون رهنا حيازيا ، وليس

له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن ، وعليه أن يبدل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ،

وليس له أن يغير من طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن . ٢ - فإذا أدار المرهون إدارة سيئة

أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما ، كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل

دفع ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان الدين الموثوق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه ،

ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه

بسعرها القانوني من المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

يسلمه للدائن المرتهن . فإن إحداث تغيير في هذه الإدارة ، وجب أن يتفق على ذلك مع الراهن .

ويتقيد الدائن المرتهن ، في إدارته للشيء المرهون ، بقيدتين سبق أن تكلمنا فيهما . وهما : (١) ليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء للراهن . (٢) عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر ينتضى تدخله .

٥٧٢ — العناية الواجب بذلها في إدارة الشيء المرهون : وتقول

النقرة الأولى من المادة ١١٠٦ مدني عن الدائن المرتهن ، كما رأينا ، ما يأتي : « وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد » .

فالعناية الرجل المعتاد هي المطلوبة دائماً من الدائن المرتهن ، في المحافظة على الشيء المرهون ، وفي استثماره ، وفي إدارته . فلا يطلب منه عناية أكبر من ذلك ، ولا أقل ، مهما كانت عنايته بشؤونه الخاصة . وقد سبق أن بينا ذلك فيما تقدم .

٥٧٣ — المصروفات التي يتفقها الدائن المرتهن في الإدارة : والدائن

المرتهن يبذل مصروفات في إدارة الشيء المرهون ، فهذه كلها يستوفها من غلة الشيء المرهون ، أو يستوفها من الراهن .

ونذكر هنا بعضاً من المصروفات التي يتفقها الدائن المرتهن :

١ — المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية : أما المصروفات الضرورية

فيستوفها كلها من الراهن ، لأن الراهن كان يصرفها هو لو كان الشيء في خيارته^(١) . وأما المصروفات النافعة ، فيستوفي فيها الدائن المرتهن من الراهن أقل القيمتين : ما صرف فعلاً وما زاد في قيمة الشيء المرهون

(١) دبرسون ١٨ نقرة ٥٤٢ .

بسبب ما سرف (١) . وليس للدائن المرتهن حق امتياز بسبب المصروفات النافعة (٢) . ولكن له الحق في الحبس . وأما المصروفات الكمالية ، فلا يسترد منها شيئاً (٣) .

٢ - العوايد والضرائب : وإذا دفع الدائن المرتهن عوايد أو ضرائب على الشيء المرهون ، فله أن يستوفيه من ريع الشيء المرهون ، أو يستوفيه بالتقدم من ثمن الشيء المرهون (٤) .

٣ - الضرر الذى يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون : وما يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون من ضرر ، كما إذا كان الشيء المرهون حيواناً مصاباً بمرض معد فانتقل المرض إلى حيوانات الدائن المرتهن ، يدفع تعويضاً عنه الراهن الدائن المرتهن (٥) .

٥٧٤ - الجزاء على سوء الإدارة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدنى ما يأتى : « فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » (٦) .

(١) جيوار فقرة ١٦٠ - بودرى ودى لوان فقرة ١٤٣ وفقرة ٢١٥ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٤ هامش ١٤ وفقرة ٣٤٨ - استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٠ ص ١٢٦ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٤٥ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ١٤٣ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٣١٢ ص ٤١٩ .

(٥) جيوار فقرة ١٦٢ - بودرى ودى لوان فقرة ١٤٤ - بلانيول وريبير وبيير .

فقرة ١٠٨ - چوسران ٢ فقرة ١٥٣١ .

(٦) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

وبين هذا النص أن الدائن المرتهن . إذا أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في إدارته إهمالاً جسيماً ، كان له أحد جزائين :

(الجزء الأول) أن يطلب الراهن وضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، فينزع الشيء المرهون من إدارة الدائن المرتهن السيئة ، ويوضع في يد حارس يعنى به العناية اللائقة . وقد يستمر ذلك إلى أن ينقضى الرهن .

(الجزء الثاني) فإذا كان الجزء الأول غير كاف ، وكان الراهن مستعداً أن يدفع ما عليه من الدين ، فله أن يدفع الدين فينقضى الرهن ، ومن ثم يسترد الراهن الشيء المرهون . وفي هذه الحالة ، إذا كان الدين لا فائدة عليه ولم يحل أجله ، خصم الراهن ، عند دفعه الدين ، من هذا الدين فائدة بالسعر القانوني (٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية) من يوم الوفاء إلى يوم حلول الدين في ميعاده الأصلي : وقد سبق مثل ذلك ، فيما مضى .

الطلب الرابع

رد الشيء المرهون

٥٧٥ - نص قانوني : تنص المادة ١١٠٧ مدني على ما يأتي

رد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن ، بعد أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٤ من المشروع النهدي على الوجه الآتي : ١٥ - يرد الدائن الشيء المرهون مد أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات ، إلا في الحالات التي يقضى فيها القانون بغير ذلك . ٢ - غير أنه إذا وقع للرهن على عدة أشياء منفصلة بعضها عن البعض الآخر ، وكان كل منها ضامناً لجزء من الدين ، جاز للراهن إذا وفي جراً أن يسترد ما يقابله من الأشياء المرهونة . ٣ - وعلى الراهن ففقات الشيء المرهون ، ما لم يتمض الاتفاق بغير ذلك . وفي لجنة المراجعة حذفنا الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالفوائد العامة ، ووافقت اللجنة الفقرة الأولى تحت رقم ١١٩٦ في

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« ١ - يبقى الحق في حبس المرهون ما دام الدين وملحقاته من فوائد
ومصروفات وتعميمات لم يدفع . فإذا بقي شيء من ذلك ، ولو قليلاً ،
بقي الحق في الحبس . أما إذا تم الوفاء به كله انقضى الرهن والحبس ،
والتزم المرتهن برد المرهون . ونفقات الرد على الراهن ، إلا إذا قضى
الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ،
لا المدين به ، تغليبا للمبدأ الذي يجعل الراهن هو الذي يتحمل نفقات
الرهن جميعاً » .

« ٢ - ويلتزم الدائن المرتهن في حالات خاصة برد الشيء المرهون
قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشيء فللراهن أن يسترده إذا

المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٩٦ . وفي لجنة الشيوخ
حذفت اللجنة مادة « إلا في الحالات التي يقضى فيها القانون بغير ذلك » الواردة في آخر المادة
لأنه ليست هناك حالات واضحة تقتضي النص عليها صراحة وإذا كانت هناك أحكام القانون
فإنها تسري دون حاجة لهذه الإشارة ، ووافقت اللجنة بهذا التعديل على النص تحت رقم
١١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدته لجنة (مجموعة الأهل التحضيرية ٧ ص .
٢٢١ - ص ٢٢٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/١٠٤٢ لا يحق للراهن ، فيما خلا الأحوال المنصوص عليها في
المواد السابقة ، أن يطالب برد الشيء إلا بعد إيفاء الدين كله أصلاً وفائدة وبعد دفع النفقات
المختصة بالدين وبالرهن عند الاقتضاء .

التقنين المدني الليبي م ١١٩١ : يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل
حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعميمات .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شيء .

قدم تأمينا آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، وكما إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة وكان كل منها ضامناً لجزء من الدين فإذا الرهن في هذه الحالة يتجزأ وإذا وفى جزء من الدين استرد الراهن ما يقابل هذا الجزء من الأشياء المرهونة .

« ٣ - فإذا لم يستوف الدائن المرتهن عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم . وله كذلك أن ينفذ عليها بحقه باعتباره دائناً مرتهاً . بل وعلى جميع أموال المدين غير المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . ويراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يجزئ بالتنفيذ على مال يني بالدين ولا يزيد عليه كثيراً (انظر م ٣٢٨ - ٣٢٩ من المشروع) . وإذا كان الراهن كفيلًا عينياً أى غير المدين ، فلا ينفذ الدائن من ماله إلا على العين المرهونة . وليس للكفيل العيني بغير اتفاق الدفع بالتجريد ، كما هو الأمر في الرهن الرسمي . ويتمسك بما له من دفع قبل الدائن . وكذلك بما للمدين من دفع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض في التمسك بها ، كما هو الشأن في الرهن الرسمي »^(١) .

ونتكلم في المسائل الآتية : (١) متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون (حق الحبس في مواجهة الراهن) . (٢) الالتزام بالرد قبل وفاء الدين . (٣) هلاك الشيء المرهون أو تلفه . (٤) نفقات رد الشيء المرهون . (٥) تنفيذ الدائن المرتهن بحقه (نص محذوف) . (٦) الراهن كفيل عيني (نص محذوف) .

٥٧٦ - متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون - هو الحبس في

مواجهة الراهن : إذا دفع الراهن للدائن المرتهن الدين المضمون والمصروفات والتعويضات والملحقات من فوائد وغير ذلك ، أو برئت ذمته من كل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٣ .

ذلك بسبب من أسباب انقضاء الديون ، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون وملحقاته إلى الراهن ، إذ يكون قد انقضى الرهن فوجب رد المرهون^(١) . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى : « يبقى الحق في حبس المرهون ما دام الدين وملحقاته من فوائد ومصرفات والتزم المرتهن برد المرهون »^(٢) .

فإذا بقي شيء من ذلك ، مهما قل لأن الرهن لا يتجزأ ، بقي الرهن قائماً حتى يوفى ما بقي . ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة التنفيذ بما بقي من حقه ، وله على كل حال إبقاء الشيء المرهون في يده محبوساً في مواجهة الراهن حتى يستوفي كل حقه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى : « فإذا بقي شيء من ذلك ، ولو قليلاً ، بقي الحق في الحبس »^(٣) .

ويستوفي الدائن المرتهن حقه بملحقاته جميعاً من غلة الشيء المرهون وهي في يده ، أو مما يدفعه له الراهن والمدين في الميعاد المحدد ، أو من الغلة

(١) استئناف محظوظ ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٧ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ - هالتون ص ٢٩٤ .

وعلى « العدل » كذلك ، إذا كان هو الذي تسلم الشيء المرهون ، أن يرده إلى الراهن .

(٢) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

والراهن ، في استرداد الشيء المرهون ، دعويان : (أ) دعوى شخصية يرفعها على الدائن المرتهن . (ب) ودعوى عينية هي دعوى الاستحقاق لأنه مالك (ديرانتون ٢٨ فقرة ٥٥١ - يون ٢ فقرة ١١٦٦ - بودري وتسييه في التقادم فقرة ٢١٥) . وللفرق بين الدعويين أن الدائن المرتهن لا يقيم الدليل في الدعوى الشخصية على ملكيته ، ويقيمه في الدعوى العينية (بودري ودی لوان فقرة ١٣٩) - وللمدين الحق في دفع الدعوى الشخصية ، ولو كان الشيء الذي رهنه مملوكاً للغير .

ويجب على الدائن أن يرد مع الشيء المرهون ما زاد فيه زيادة طيعة (بودري ودی لوان فقرة ١٤٠) . وليس للدائن الحق في حبس الشيء المرهون ضماناً لدين آخر عقده المدين بدفع الرهن ؛ وإذا هلك الشيء المرهون أرضاع بتقصير الدائن وجب عليه أن يرد قيمته (محمد كامل مرسى فقرة ٣١٣ ص ٤٢١) .

(٣) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

وما يدفعه الراهن والمدين جميعاً . والمهم هو أن يستوفى الدائن المرتهن حقه المضمون بالرهن ، بالطريقة التي يكون قد اتفق عليها مع الراهن ، أو بالطريقة التي يتفق عليها مع الراهن فيما بعد .

وإذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه ، كن له حق التنفيذ به كما سئى ، وكان له كذلك حق حبس الشيء المرهون عن الراهن . واستطاع أن يبقى حابساً للشيء المرهون دون أن ينفذ بحقه ، وبقي كذلك حابساً للشيء المرهون دائماً حتى يستوفى الحق .

وسنتكلم ، عند بحث آثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، فى حق الحبس بالتفصيل .

٥٧٧ - الالتزام بالرد قبل وفاء الدين : وقد يلتزم الدائن المرتهن ،

قبل أن يستوفى حقه ، بأن يرد الشيء المرهون .

من ذلك إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون ، فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ومن ذلك أيضاً إذا وجد خطر جدى يهدد الشيء المرهون ، فللراهن أن ينتزعه من يد الدائن المرتهن ، قبل أن يوفيه حقه . إذا هو قدم لهذا الدائن تأمينا آخر (١) .

٥٨٧ - هلاك الشيء المرهون أو تلفه : وقد قدمنا أنه إذا هلك

الشيء المرهون أو تلف ، يفرض أن ذلك قد وقع بتقصير من الدائن المرتهن الذى يحوز الشيء المرهون .

وعلى الدائن المرتهن أن يثبت أن الهلاك أو التلف لا بدله فيه ، وأنه وقع بسبب أجنبي .

(١) وتقول مذكرة المشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يلتزم الدائن المرتهن فى

حالات خاصة برد الشيء المرهون قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشيء فللراهن أن يسترده إذا قدم تأمينا آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ... » (آنفاً فقرة ٥٧٥) .

وسواء وقع بسبب أجنبي أو وقع بخطأ الدائن المرتهن . فإن الدائن المرتهن لا يستطيع رد الشيء المرهون ، عند ما يجب رده . هالكاً أو تالفاً . فإذا استطاع الدائن المرتهن أن يثبت أن الشيء هلك أو تلف بسبب أجنبي ، لم يكن مسئولاً عن ذلك ، وتحمل الهلاك أو التلف مالك الشيء ، والمالك هنا هو الراهن .

وإذا لم يستطع الدائن المرتهن أن يثبت ذلك ، افترض أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأه ، وعند ذلك يجب عليه دفع تعويض للراهن عن الهلاك والتلف .

٥٧٩ - نفقات رد الشيء المرهون : وكانت الفقرة الثالثة من المادة

١٥٤٤ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « وعلى الراهن نفقات رد الشيء المرهون ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة^(١) ، وورد في مذكرة المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ونفقات الرد على الراهن ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليباً للمبدأ الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعاً »^(٢) .

وعلى ذلك تكون نفقات رد الشيء المرهون على الراهن ، إلا إذا اتفق هذا مع الدائن المرتهن على شيء آخر ، كأن تكون نفقات الرد عليهما مناصفة . أو أن تكون نفقات الرد على المدين إذا كان غير الراهن ورضى المدين بذلك .

٥٨٠ - تنفيذ الرأى المرتهن بحقه : وتقول مذكرة المشروع

التمهيدى ، في هذا الصدد ، ما يأتي : « فإذا لم يستوف الدائن المرتهن الدين عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم . وله كذلك أن ينفذ عليها

(١) انظر فقرة ٥٧٥ في الهامش .

(٢) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

بحقه باعتباره دائناً مرتبها . بل وعلى جميع أموال المدين غير المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . وبراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يجتزئ بالتنفيذ على مال نبي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً^(١) .

ونصت المادة ١٥٤٥ من المشروع التمهيدى على أنه « إذا حل الأجل ولم يستوف الدائن حقه ، جاز له أن ينفذ بهذا الحق ، لا على الشيء المرهون وحده ، بل عليه وعلى جميع أموال المدين الأخرى ، مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، حذفها اللجنة اكتفاء بنص المادة ٣١٢ والمادتين ٤٦٣ و ٤٦٤ من المشروع^(٢) .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن ، عند ما يحل حقه ولا يستوفيه ، يكون له أمران يستعملهما معاً أو يستعمل أحدهما : (١) بحبس العين المرهونة حتى يستوفى حقه كله . (٢) ينفذ بحقه على العين المرهونة أولاً ، ثم على جميع أموال المدين غير المرهونة باعتباره دائناً عادياً . أما حق الحبس ، فهذا له لا ينازعه فيه أحد .

وأما حق التنفيذ ، فيبدأ بالتنفيذ على الشيء المرهون أولاً باعتباره دائناً مرتبها ، فإذا لم يكف نفذ على جميع أموال المدين الأخرى باعتباره دائناً عادياً . وعليه أن يستصدر الأحكام اللازمة لذلك ، لأنه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزوداً بورقة رسمية . وبراعى التنفيذ على المال المرهون قبل التنفيذ على المال غير المرهون ، وينفذ على مال نبي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً .

٥٨١ - الرهن كفيل عيني : وتقول مذكرة المشروع التمهيدى ،
في هذا الصدد ، ما يأتى : « وإذا كان الرهن كفيل عيني أى غير المدين

(١) آنذا فقرة ٧٥٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ في الهامش .

ينفذ الدائن من ماله إلا على العين المرهونة . وليس للكفيل العيني ، بغير اتفاق ، الدفع بالتجريد ، كما هو الأمر في الرهن الرسمي . ويتمسك بما له من دفع قبل الدائن ، وكذلك بما للمدين من دفع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض في التمسك بها ، كما هو الشأن أيضاً في الرهن الرسمي^(١) . ونصت المادة ١٥٤٦ من المشروع التمهيدى على أنه ١٥ - إذا كان الراهن غير ملتزم شخصياً بالدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك . ٢ - ويجوز له ، فضلاً عن التمسك بالدفع الخاصة به قبل الدائن ، أن يتمسك بما للمدين من دفع حتى لو عارض المدين في التمسك بها أو تنازل عنها . عرضت المادة على لجنة المراجعة ، حذفها اللجنة اكتفاء بالقواعد العامة^(٢) .

ويخلص من ذلك أنه إذا كان المدين غير الراهن ، وكان الراهن كفيلاً عينياً قدم مالا رهن حيازة في الدين دون أن يكون مديناً ، فلا يجوز للدائن المرتهن ، إذا أراد التنفيذ بحقه على مال الكفيل العيني ، إلا أن ينفذ على مال المرهون دون غيره من الأموال الأخرى غير المرهونة للكفيل العيني . ولا يجوز للكفيل العيني ، حين التنفيذ على ماله المرهون ، أن يدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بينه وبين الراهن والدائن المرتهن على ذلك . فينفذ الدائن المرتهن على المال المرهون والموجود تحت يده ، فإذا استوفى حقه منه انقضى الرهن . وإلا استمر الدائن كدائن عادى في التنفيذ على مال المدين .

وللكفيل العيني أن يتمسك بما له خاصة من الدفع قبل الدائن ، الذى تعاقد معه على الرهن احيازى . وله أن يتمسك كذلك بما للمدين من دفع حتى لو نزل عنها المدين أو عارض في التمسك بها .

(١) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٢ فى الهامش .

المطلب الخامس

بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء

وشرط البيع دون إجراءات

٥٨٢ - فصل قانوني : نصت المادة ١١٠٨ مدني على ما يأتي :

« يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٤١ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات في حالة الرهن الرسمي » . وأضافت لجنة المراجعة نصاً يحيل إلى المادة ... المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٢ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٩٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٢ / ٩٦٥ : ولا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير ملكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، إنما الدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية لساير الدائنين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ١٠٦١ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى المقار المرهون ، في حالة عدم وفاء الدين ، ملكاً للدائن .

التقنين المدنى الليبي م ١١١٢ ، يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٤ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٦ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات .

التقنين المدنى المراقى م ١٢٤١ : ١ - للمرتهن حيازة ما المرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون ثم على سائر أموال المدين ، وتتبع في ذلك أحكام المادة ١٢٩٩ . ٢ - والرهن الحيازى كالرهن التأمينى في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين ، وفى بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه الدين ، وفى جواز نزول المرتهن للغير من -

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ليس للدائن المرتهن حيازياً أن يملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولا أن يبيع ذلك المال دون مراعاة للإجراءات المقررة » .

« شرط التملك عند عدم الوفاء وكذلك شرط البيع دون إجراءات – يغلب وقوعها في الرهن الحيازى – حكمهما فيه هو حكمهما في الرهن الرسمى وقد تقدم ذكر ذلك » (١) .

ويرى من نص المادة ١١٠٨ أنها تحيل ، للتطبيق على رهن الحيازة ، ما يأتى :

١ – المادة ١٠٥٠ مدنى . وتنص على ما يأتى : « إذا كان الراهن شخصاً غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد سبق أن قررنا أن مثل هذا النص حذفه لجنة المراجعة . وشرحناه بالرغم من حذفه على أساس أنه ينطبق على رهن الحيازة » (٢) . والسبب في إعادة ذكره هنا أن لجنة المراجعة رجعت إلى إضافته في المادة ١١٠٨ كما نرى باعتبار أنه ينطبق على رهن الحيازة (٣) ، فلا حاجة إلى إعادة ذلك منعاً للتكرار .

= الدين الذى له مع الرهن الذى يوثق هذا الدين ، وتنبع كل ذلك أحكام المواد ١٣٠٠ و ١٣٠١ و ١٣٠٢ .

تقنين الماكنة المة ربة اللبنائى م ١٠٧ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى العقار المرهون ، في حالة عدم وفاء الدين ، ملكاً للدائن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

(٢) اتفاقية ٥٨٠ .

(٣) نفس الفقرة في الهامش في تاريخ النص .

٢ - المادة ١٠٥٢ مدني . وتنص على ما يأتي : ١ - يقع باطلا كل اتفاق يكتمل للدائن الحق . عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أباً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون . ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ٢ - ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاء لدينه . وهذا النص سبق أن شرحناه في الرهن الرسمي ، وهو ينطبق أيضاً على الرهن الحيازي ، فنكتفي هنا بتقرير المسائل الأساسية فيه .

٥٨٣ - بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء : إذا اتفق الدائن المرتهن حيازة مع الراهن حيازة ، مديناً كان الراهن أو كفيلاً عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك المال المرهون بضمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأي ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ذلك أن موقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط . وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفى عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل الشرط . وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص على أن هذا الاتفاق يكون باطلاً أباً كان الثمن الذي اتفق عليه . ويغلب أن يوضع هذا الشرط الباطل في عقد رهن الحيازة نفسه ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد رهن الحيازة فيبرم في اتفاق لاحق .

وبطلان الاتفاق لا يمس عقد رهن الحيازة ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ولكن عقد رهن الحيازة يبقى صحيحاً . على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الدافع لإبرام عقد رهن الحيازة ، فإن عقد رهن الحيازة يبطل وبطلان الاتفاق .

٥٨٤ - متى يصح هذا الاتفاق : ولكن هذا الاتفاق يصح إذا

أبرم بعد حلول الدين أو بعد حلول قسط منه . فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه .

فيجوز إذن ، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً ، أن يتفق مع الدائن المرتهن على أن ينزل له عن المال المرهون في نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل . بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن في هذه الحالة على أن يبيع له المال المرهون بثمن أيا كان ، أكبر أو مساو أو أقل من الدين المستحق . فإن الراهن لا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يتنعم عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء وبطلب بيع المال المرهون طبقاً للإجراءات التي قررها القانون .

٥٨٥ - بطلان شرط بيع المال المرهون دون إجراءات : ويسمى

عادة شرط الطريق الممهد (clause de voie parée) ، وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلاً عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع المال المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التي فرضها تقنين المرافعات في البيوع الجبرية . ونخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع المال المرهون بيعاً جبرياً ، وما تضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع المال المرهون بأكثر قيمة ممكنة .

فيكون إذن باطلا لمخالفته للنظام العام كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية : وسواء عقد هذا الاتفاق

عند عقد رهن الحيازة أو عقد في اتفاق لاحق . فإنه يكون باطلاً في الحالتين .

ويقتصر أثر البطلان هنا على الشرط نفسه دون رهن الحيازة . ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً .

٥٨٦ - متى يصح هذا الاتفاق أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول الدين كله أو بعضه ، فإن الاتفاق يصح لانتفاء مظنة استغلال الراهن .

ولم تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه كما نصت على جواز الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء ، ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية والقول بصحة الاتفاق في الحالتين .

الفرع الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير

٥٨٧ - المقصود بالغير هنا : يقصد بالغير هنا ما قصد به في حالة

الرهن الرسمي : كل شخص له حق يضار من وجود رهن الحيازة .
فيشمل : (١) كل شخص له حق عيني تبني على المال المرهون ، دائن له حق رهن رسمي ، أو حق اختصاص ، أو حق رهن حيازة ، أو حق امتياز . (٢) الدائن العادي . (٣) كل شخص له حق عيني أصلي على المال المرهون ، كما إذا انتقلت ملكية المال المرهون إلى مالك آخر فإن هذا المالك الآخر يعتبر غيراً .

٥٨٨ - غير رهن الحيازة : والرهن الحيازي ، إذا وقع على عقار ،

يجب قيده حتى يكون سارياً في حق الغير^(١) .

(١) وإذا وقع على منقول ، فقد نصت المادة ١١١٧ مدني على أنه « يشترط لفظ رهن »

والتي تد هنا كالقيد في الرهن الرسمي . وقد سبق أن بينا ذلك بالتفصيل ^(١) ،
فلا نعود إليه هنا .

ويلاحظ أن من بين البيانات القانونية الواجب ذكرها في قائمة القيد
بيناً خاصاً برهن الحيازة . هو بيان خاص بالتكليف وبالإنجار إلى الراهن
إذا نص عليه في عقد الرهن ^(٢) .

٥٨٩ - ما يفهمه الرهن الحيازي - نص قانوني : وقد نصت المادة

١١١١ مدني على ما يأتي :

« لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً
وفي نفس المرتبة ما يأتي :

(أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء .

(ب) التعريضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ح) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي

وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٠ « ^(٣) .

= المنقول في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين
فيها المبلغ المضمون بالرهن واليمين المرهونة بهما كفاً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن
المرتهن . وتشترط الكتابة ، ولو كانت قيمة الدين المضمون لا تجاوز القيمة التي يجوز إثباتها
بالبينة والقرائن .

وإذا وقع الرهن على دين ، فقد نصت المادة ١١٢٣ مدني على أنه « لا يكون رهن الدين
نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ (أي ورقة ثابتة
التاريخ) ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة سند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته
من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول » .

(١) آنفاً فقرة ١٨٩ - فقرة ٢٣٥ .

(٢) آنفاً فقرة ١٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥١ من المشروع التمهيدي . وعدلت لجنة =

فالرهن الحيازي يضمن بطبيعة الحال أصل الدين المضمون بالرهن .
ثم هو يضمن . وفي نفس مرتبة أصل الدين . ما يأتي :

١ - المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء . والدائن المرتهن الذي أنفقها أن يرجع بها على الراهن ، بناء على قاعدة الإثراء بلا سبب .

٢ - التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء . وهذه مصدرها العيوب الموجودة في الشيء المرهون . أي العمل غير المشروع .

٣ - مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عتد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء . فهذه كلها ، إذا كان الدائن المرتهن قد دفعها . فإنه يرجع بها على المدين الراهن ، أو على المدين والراهن .

٤ - المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي . وهذه يرجع بها الدائن المرتهن على الراهن .

المراجعة تعديلاً لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت اللجنة عليه بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١١ ١ مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٣ - (ص ٢٣٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدفوعة العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي م ١١١٥ : لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة ما يأتي : (١) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء (ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء . (ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عتد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء . (د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي . (هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٢٣ .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شيء .

٥ - جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٠ . والفوائد تلحق بالدين ، ويرجع بها الدائن المرتهن على المدين الراهن ، كما يرجع بالدين نفسه .

أما ما جاء في المادة ٢٣٠ ، فالمادة ٢٣٠ تنص على ما يأتي :
 « عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً ، لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة . هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » (١) .

٥٩٠ - تقاض الرهن في من الغير - وجوب تسليم المرهون للمدين -

نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٠٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان » .

(١) وجاء في مذكرة لمشروع التمهيدى ما يأتي : « ويضمن الرهن في نفس المرتبة الدين الأصلي والنفقات الضرورية التي صرفها الدائن في المحافظة على الشيء . وله حق الرجوع بها لائناء على عقد الرهن بل بناء على الإثراء بلا سبب ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن لملاقمتها الظاهرة به . ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الأضرار الناشئة عن حجب في المرهون ، وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن لملاقمة الظاهرة ، ومصرفات المقد الذي أنشأ الدين ، ومصرفات عقد الرهن وقيد ، والمصرفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي ، والفوائد وذلك لأن المرتهن حيازة من حقه أن يستوفي الفوائد كلها من ذلة الدين وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد . أما بعد رسو المزاد ، فلا يستحق الدائن فوائد تأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد على النحو الذي جاء في المادة ٢٠٨ من المشروع . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥ - ص ٢٢٦) .

٢ - ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون « (١)

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي :

٢ - ويكون التسليم عادة للدائن المرتهن . ولكن قد يبقى الشيء في الحيازة المشتركة لكل من الراهن والمرتهن ، أو يسلم لأجنبي يكون نائباً في الحيازة ويسمى عدلاً . ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتهنين متعددين لنفس

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون للدائن حائزاً للشيء المرهون ، على أنه يجوز تسليم الشيء لأجنبي يختاره المتعاقدان ، كما يجوز جعله في حيازتهما المشتركة . ٢ - ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، إذا قبل من تسليم الشيء أن يضع يده عليه نائباً في ذلك عن الدائنين المرتهنين حتى لو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء الدائنين . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً فصار كما يأتي : ١ - يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو العدل . ٢ - ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء . ووافقت اللجنة على النص بعد التعديل ، تحت رقم ١٢١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأت اللجنة استبدال عبارة « أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان » بكلمة « العدل » الواردة في الفقرة الأولى ، وإزالة تحذف من الفقرة الثانية عبارة « إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء » لأن هذه العبارة تتناول تفصيلات تفتي القواعد العامة عن الخصوص فيها ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٧ - ص ٢٣٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٤١ / ٩٦٣ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي م ١١١٣ : ١ - يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان . ٢ - ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

الشيء . بل يستطيع أحد الدائنين المرتهين أن يحوز الشيء أصلاً عن نفسه بصفته مرتهاً ، ونائباً عن غيره بصفته عدلاً . فوجود الشيء المرهون في حيازة العدل . يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشيء رهن حيازة أكثر من مرة « (١) » .

ويرى من النص سالف الذكر أنه حتى ينفذ الرهن في حق الغير ، يجب تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن . ويجوز أيضاً تسليمه إلى أجنبي (عدل) يحوزه ، ويجب أن يرتضى المتعاقدان (الراهن والمرتهن) هذا الأجنبي ، وأن يقبل الأجنبي هذه المهمة .

ويجوز ، على هذا الوجه ، أن يكون الشيء الواحد ضامناً لعدة ديون . وبصح أن تكون هذه الديون المتعددة في مرتبة واحدة ، كما يصح أن تكون في مراتب مختلفة ، كل دين له مرتبة بالنسبة إلى الديون الأخرى . وإذا كان الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، فإنه يصح أن يتم ذلك على أحد وجهين :

(الوجه الأول) يسلم الشيء المرهون إلى «عدل» واحد ، ينوب عن جميع اثنين المرتهين في حيازته للشيء المرهون .
(الوجه الثاني) يسلم الشيء إلى أحد الدائنين المرتهين ، يحوزه باعتباره أصيلاً عن نفسه وباعتباره «عدلاً» بالنسبة إلى سائر الدائنين المرتهين .

ويلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة له : (١) حق التقدم وحق التبعية بحسب مرتبته . (٢) حق حبس الشيء المرهون حتى بالنسبة إلى الغير إلى أن يستوفى كل حقه ، وذلك إلى جانب حقه في التنفيذ بالدين الذي له . ونحن ، في معالجتنا لآثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، نتكلم في كل من هاتين المسألتين : (١) حق التقدم وحق التبعية . (٢) حق الحبس .

المبحث الأول

حق التقدم وحق التتابع

المطلب الأول

حق التقدم

٥٩١ - نص محذوف : ورد نص في المشروع التمهيدى ، هو نص المادة ١٥٥٠ من هذا المشروع ، يتكلم في حق التقدم على الوجه الآتى : « الرهن الحيازى يخول الدائن المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء المرهون قبل أى دائن ، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً متأخراً فى الترتيب » (١) . ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة اكتفاء بنص المادة ١٥٣٠ من المشروع (٢) .

والمادة ١٥٣٠ من المشروع تنص على ما يأتى : « الرهن الحيازى عقد بمقتضاه يلتزم الشخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن ، أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه حقاً عينياً يخول الدائن أن يحبس هذا الشيء حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون ، ولو انتقل هذا الشيء إلى شخص آخر » .

(١) وبقابل هذا النص نص المادة ٥٤٠ فقره / ٦٦٢ فتره أولى من اثنين المدف السابق الذى تنص على ما يأتى : « الرهن عقد به يضم المدين شيئاً فى حيازة دائنه أو فى حيازة من اتفق عليه المتعاقدان تأمناً للدين ، وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتزام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المردون ، مقدماً بالامتياز على من هداه » .

(٢) مجموعة الأعمال النسخية ٧ ص ٢٣١ فى المادتين .

وفيه من ذلك أن الدائن المرتهن في رهن الحيازة يتقدم على جميع الدائنين العاديين ، وعلى جميع الدائنين التاليين له في المرتبة ، ويتأخر عن الدائنين المتقدمين عليه في المرتبة (١) .

ويتنازى حقه على هذا الوجه ، إذا حل الحق ، في أى وقت أراد . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشروط الواردة بعقد رهن بضائع أو سندات رهن حيازة ، والتي ترخص في بيع الشيء المرهون في أى وقت ، هي مكنة موضوعة لمصلحة الدائن وحده ، فله أن ينزل عنها دون أن يوجه إليه أى لوم ممن قررت هذه الشروط ضده (٢) . وقضت أيضاً بأن استيفاء الدائن المرتهن حيازة حقه من البضاعة المسلمة إليه لضمان الدين ، مكنة له ، ولا تتحول إلى الالتزام إلا إذا كان المدين أعذره ببيعها (٣) .

٥٩٢ - الحلل العيني : وإذا هلك الشيء المرهون بفعل الغير ، فإن الغير يكون مسئولاً عن التعويض ، ويحل التعويض حلاً عينياً محل الشيء المرهون ، ويكون مرهوناً مثله .

وكذلك إذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه ضد الحريق مثلاً واحترق ، كان مبلغ التأمين يحل حلاً عينياً محل الشيء المرهون ، وبصبح مرهوناً مثله .

(١) فلا يجوز للدائن المرتهن حيازة أن يحبس المقارضه دائن مرهون رسمياً أو من يرسمو عليه المزداد من ناحيته إذا كان الدائن المرتهن رسمياً متقدماً على الدائن المرتهن حيازة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٦) . وانظر استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٤٢ ص ١٠٦ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٤٦ ص ٢٢٧ - وقضت أيضاً بأن حر الدائن المرتهن حيازة الخيار الوقت الذي يستوفى فيه حقه من الرهن تحمل استثناء لا شك فيه ، في حالة ما يكون مرصوع الرهن قابلاً للزلف أو الهلاك المادى أو لنقص قيمته نقصاً محسوساً عقب ظروف خاصة (استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٤٦ ص ٢٤٠) .

وإذا بيع الشيء المرهون للمنفعة العامة ، فإن ثمنه يحل محله حلولا عينيا ويصبح مرهوناً . وهكذا (١) .

٥٩٣ - التزام ما بين الدائنين المرتهنين : إذا كان المرهون عقاراً ، وتزاحم عدة دائنين مرتهنين كسب كل منهم رهناً حيازياً على هذا العقار ، كانت الأسبقية للدائن المرتهن الذي سبق الدائنين المرتهنين الآخرين في قيد حقه وحيازة العقار ، فيفضل على الدائن الذي كان سابقاً عليه في القيد ولكن لم تنتقل إليه الحيازة . وإذا كان التزام بين دائن مرتهن حيازة وآخر له حق عيني على العقار غير رهن الحيازة (رهن رسمي أو حق اختصاص أو حق امتياز عقارى خاص) ، فالأسبقية تكون للدائن الأسبق في القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن حيازة وجب أيضاً أن تكون حيازة العقار قد انتقلت إليه . وإذا كان المرهون منقولاً ، فالأسبقية بين الدائنين المرتهنين حيازة تكون لمن انتقلت إليه حيازة المنقول وكان رهنه مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ . وفي حالة توافر الحيازة لشخص أجنبي (العدل) يحوز المنقول لصالح عدة دائنين مرتهنين ، فإن الأسبقية تثبت لأول دائن مرتهن حاز الشخص الأجنبي المنقول لصالحه بشرط أن يكون حقه مدوناً في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ (٢) .

٥٩٤ - مرتبة الدائن المرتهن حيازة : تتحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازة ، إذا كان الرهن وارد على العقار ، بالقيد مع انتقال الحيازة . وإذا كان الرهن وارداً على منقول ، فإن مرتبة الدائن المرتهن حيازة تتحدد بإثبات الرهن في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة دائماً . فإذا لم يكن هناك مع الدائن المرتهن حيازة إلا الدائنون العاديون ، تقدم الدائن المرتهن عليهم جميعاً .

(١) انظر في ذلك مخطط ٢ يونيو سنة ١٨٨٦ الجمعية الرسمية المخططة ١١ ص ١٧٠ -

بودرى ودى لوان فقرة ١٣٨ - جرائمولان فقرة ١٦٢ .

(٢) انظر في ذلك شمس الدين للوكيل فقرة ١٩٩ .

وإذا كان الرهن وارداً على عقار . وتزاحم مع الدائن المرتهن حيازة دائن مرتهن حيازة آخر أو دائن مرتهن رهناً رسمياً أو صاحب حق اختصاص فإن المتقدم في المرتبة هو الذى يفضل . مع ملاحظة أن مرتبة الرهن الحيازي تتحدد بالقبض مع انتقال الحيازة . وإذا كان الرهن وارداً على منقول ، فضل الدائن المرتهن حيازة على غيره من الدائنين المرتهين حيازة إذا كانت مرتبته قبل مرتبتهم^(١) .

المطلب الثانى

حق التبع

٥٩٥ - متى يستعمل حق التبع : يستعمل الدائن المرتهن حق التبع ،

إذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى شخص آخر .

فعند التنفيذ ، يستعمل الدائن المرتهن حق التبع للعين المرهونة وهى فى يد من انتقلت إليه ملكيتها ، ويسمى هذا بحق التبع . ثم على العين المرهونة وهى فى يد مالكها . مستعملاً فى ذلك حقه فى التقدم على الدائنين لعاديين وعلى الدائنين التالين له فى المرتبة .

٥٩٦ - تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أنه الحيازة فى يده : وبلاحظ

أن الدائن المرتهن حيازة يتبع العين ، مع أن حيازتها فى يده . ذلك لأن التبع هنا ليس تتبعاً مادياً للحيازة ، وإلا لما احتاج الدائن المرتهن تتبع العين فحيازتها فى يده ، وإنما هو تتبع معنوى للملكية .

(١) انظر منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٥٤ .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، خاصاً بحق التقدم ما يأتى :

« ولدائن المرتهن حيازة أن يتقدم على غيره من الدائنين التالين له فى المرتبة عند استيفاء حقه

من ثمن المرهون . وتتحدد مرتبته فى العقار بتاريخ القيد ، وفى المنقول بتاريخ انشائه

١٠٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥)

ونأى بمثل تطبيق على ذلك : العين المرهونة في حيازة الدائن المرتهن .
ثم باعها مالكها إلى مشتر مع بقاء العين في حيازة الدائن المرتهن . هذا .
وبغير حق التبع ، لا يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين مع أنها في
حيازته . ذلك لأن ملكيتها قد انتقلت إلى المشتري ، ولا يستطيع الدائن
المرتهن أن يبيعها في مواجهة المشتري . ما لم يكن له حق تتبع عين وهي
في يد المشتري بعد أن انتقلت ملكيتها إلى هذا المشتري .

وتقول مذكورة المشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « ويلاحظ أن
المرتهن حيازة يتبع العين في يد الغير مع أن حيازتها في يده . ذلك لأن
التبع ليس تدعاً مادياً للحيازة » بل هو تتبع معنوي للملكية . يستطيع الدائن
بمقتضاد أن ينفذ على العين بعد أن تنتقل ملكيتها من الراهن ^(١) .

٥٩٧ - المالك الجربير و بطاهر العقار ور بحلب : وقد رأيت في الرهن

الرسمي أن الحائز . وهو الذي يتقابل المالك الجديدها . له . إذا لم يدفع
الدين ولم يرد أن يتحمل شخصياً إجراءات نزع الملكية . أن يملك تطهير
العقار أو يتخلى عنه .

أما هذا . فذلك الجديده لا يملك إلا أن يدفع الدين فيحصل محل الدائن في
رهن الحيازة ^(٢) ، أو يتحمل شخصياً إجراءات التنفيذ . وليس له أن يطهر
العقار . أو أن يتخلى عنه .

وتقول مذكورة المشروع التمهيدي : في هذا الخصوص . ما يأتي :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن المادة ١٥٥٢ من هذا المشروع ، وكانت تعبر
على الوجه لآتي : « ويكون للرهن الحق في التنفيذ على ائمة المرهون ، حتى لو انتقلت
ملكيتها هذا الشيء إلى أجنبي ، غير أنه يجوز للأجنبي أن يوفى للدائن حقه ، فيحصل فيه حقه
قبل المدين » . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، حذفها اللجنة كإلغاء بالمدين .
١٩ من المذكرة ١٤٠ مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٤ في الأصل .

« وللدائن المرتهن أخيراً أن ينفذ على العين المرهونة ، في بد من انتقلت إليه ملكيتها . ويجوز لهذا المالك ، وهو الذى يقابل الحائز للعقار فى الرهن الرسمى ، أن يدفع الدين ، فيحل محل الدائن فى رهن الحيازة . فإن لم يفعل ، وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ . وليس له أن يخلى العقار ، أو أن يطهره »^(١).

٥٩٨ - قد ينظر العقار من الرهن الحيازي تبعاً لتطهيره من الرهن

الرسمى : ويلاحظ أن العقار قد يتطهر من الرهن الحيازي ، إذا كان مثقلاً أيضاً برهن رسمى . فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى حائز ، وأراد الحائز تطهير العقار لأنه مثقل برهن رسمى ، وجه العرض إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار .

وإذا لاقى العرض قبولا ، ودفع الحائز ما قدره قيمة للعقار ، أو أودعه خزانة المحكمة ، تطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهنأ رسمياً وحق الدائن المرتهن حيازة^(٢) .

المبحث الثانى

حق الحبس

٥٩٩ - نص قانونى : تنص المادة ١١١٠ مدنى على ما يأتى :

- ١ - ينحول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون .
- ٢ - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٢٠٠ ص ٥٤٩ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٤٩ من المشروع التمهيدى . وفى لجنة -

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

١ - والرهن ، إذا ترتب على الشيء وأصبح نافذاً فى حق الغير ، يعطى الدائن المرتهن سلطة على الشيء ، هى أن يحبس فى مواجهة الراهن والغير ، وأن ينفذ عليه بالبيع فيستوفى حقه من الثمن متقدماً على من يتلوه من الدائنين ومتبعاً العين فى يد من انتقلت إليه ملكيتها .

٢ - فللدائن المرتهن أن يحبس الشيء فى مواجهة الراهن ، وقد سبق

= المراجعة استبدلت اللجنة عبارة « وفقاً لأحكام الحيازة » بعبارة « فى أى وقت أراد » فى آخر الفقرة الثانية ، وصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٢١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٠ (بحسب الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٠ - ٢٢٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضع المدين شيئاً فى حيازة دونه أو حيازة من اتفق عليه العاقدان تأمناً للدين ، وهذا المقدم يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتزام ، استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بامتياز على من عداه .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١٠٢١ : إن رهن المقتول يخول الدائن حق حبس المرهون إلى أن يوفى الدين ، كما يخوله حق الامتياز فى استيفاء دينه من قيمة المرهون . وانظر أيضاً المادة ١٠٥٥ .

التقنين الليبى م ١١١٤ : ١ - يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون من الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون . ٢ - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة .

«تقنين المدنى العراقى م ١٣٤٢ : المرتهن يحبس المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقاً للقانون . وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة .

تقنين الملكية المقارنة : م ١٠١ .

ذكر ذلك . وله أن يحبس في مواجهة الغير ، كمشتر لعقار مرمون .
 ابيع بعد قيد الرهن ، أو مشتر لمنقول مرهون وتاريخ الرهن الثابت أسبق
 من تاريخ البيع . ويحبسه كذلك في مواجهة الغير . من الدائنين المتأخرين
 عنه في المرتبة . فإذا رهن الراهن الشيء مرة ثانية ، رهن حيازة أو رهناً
 رسمياً في العقار ، فإن للمرتبة الأولى أن يحبس العين عن المرتبة الثانية .
 ولكن إذا نفذ الثاني على العين وباعها في المزاد ، فقد كان مقتضى حق
 المرتبة الأولى أن يحبس العين عن الراسي عليه المزاد . وهذا هو الحكم في
 التقنين الحالي (السابق) ، فعديل المشروع من هذا الحكم الذي يشمل من
 حقوق الدائنين . وقرر أن رهن الحيازة ينتضي إذا بيعت العين المرهونة
 بالمزاد العلني بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤ من المشروع) ، وبانتضاء الرهن ينتضي
 الحبس . ويلتزم المرتبة الأولى أن يسلم العين للراسي عليه المزاد ، على أن
 يستوفي حقه من الثمن قبل المرتبة الثانية طبعاً . أما إذا كان الذي باع العين
 في المزاد هو المرتبة الأولى ، فبديهي أن المرتبة الثانية إذا كان رهنه
 حيازياً لا يستطيع الاحتجاج بحق الحبس ، ويجب أن يسلم العين للراسي عليه
 المزاد ، ثم هو يستوفي حقه من الثمن بعد المرتبة الأولى . وكما أن للدائنين
 المرتبة إذا لم يستوفي الدين أن يسترد الشيء من الراهن إذا هو عاد إليه ، فإنه
 يستطيع كذلك أن يسترده من الغير إذا خرج الشيء من يده غصباً دون
 إرادته . أو خلصة بغير علمه ، دون إخلال بما يكون الغير قد كسب من
 حقوق عينية على الشيء إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق المرتبة (١) .
 ونكلم ، في الحق في الحبس ، في المسائل الآتية : (١) من له حق
 الحبس . (٢) المال الذي يحبس . (٣) الحبس والتنفيذ . (٤) ضد من
 يكون حق الحبس - الراهن والغير . (٥) التطهير لا يشمل الرهن
 الحيازي في القانون المدني . (٦) التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٤ - ص ٢٣٥ .

المرافعات الجديد . (٧) متى ينعدم التعارض بين القانون المدني وقانون
المرافعات . (٨) الحبس لدين المضمون بالرهن . (٩) الرهن الضمني .
(١٠) استرداد الشيء المرهون . (١١) حق الحبس والحق في الحبس ؛

٦٠٠ - من له حق الحبس : للدائن المرتين حيازة حق حبس العين
المرهونة عن الناس كافة من رهن وغير رهن . حتى يستوفى كل حقه
من مصروفات وتعويضات وفوائد وملحقات أخرى وأصل ، ويصبح
خائفاً بكل ما يستحقه من ذلك (١) .

ويكون للدائن المرتين حق الحبس ما دام الدين لم يؤد بتمامه (٢) . سواء
كان هذا الدين قابلاً للتجزئة أو لم يكن . وسواء كان الشيء المرهون قابلاً
للاقتسام أو غير قابل له . ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفى الدين كله ، لأن
الرهن نفسه غير قابل للتجزئة . فأي شيء يبقى من الدين يكون مضموناً
بكل الرهن .

وقاعدة عدم تجزئة الرهن قائمة على ما قصده المتعاقدان . فقد أرادا
أن يبقى الرهن قائماً حتى يؤدي كل الدين . وهذا هو المفروض ، ولما أن
يتفقاً صراحة على خلاف ذلك . كأن يتفقاً على أنه كما سدد جزء معين من
الدين . الربع أو الثلث مثلاً ، حرر من الشيء المرهون ما يقابل ما سدد
من الدين وأعيد إلى الراهن ما حرر من الشيء المرهون . فعدم تجزئة الرهن
من طبيعة الرهن . لا من مستلزماته (٣) .

ويلاحظ أن حق الحبس هنا أعطى للدائن المرتين لأنه صاحب حق

(١) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ للاستقلال ٥ ص ١٠٢ - أسيوط استئناف

٢٤ يناير سنة ١٩٢١ لجمعية الرسمية ٢٣ ص ٧٣ .

(٢) استئناف محاط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٠٤ .

(٣) لوران فقرة ٥٠٣ - بون فقرة ١٢٠٢ - جيوار فقرة ١٤٧ - بودري ودي

لوران فقرة ١٠٣ .

عيني . وهو حق رهن الحيازة . فحق الحبس متفرع عن حق عيني .
ومن ثم يكون هو نفسه حقاً عينياً . أو هو من مستلزمات الحق العيني .
وهذا بخلاف الحق في الحبس العام ، لأن هذا هو دفع بعدم التنفيذ ،
وليس بحق عيني .

٦٠١ - المال الذي يحبس : والمال الذي يحبس هو المال المرهون .
وقد يكون هذا المال عقاراً أو منقولاً ، ويكون المنقول مادياً أو غير
مادى (١) .

فكل الشيء المرهون ، من أصل وملحقات كعقار بالتخصيص وحقوق
ارتفاع وتوابع وغير ذلك ، يحبس حتى يؤدي الدين المطلوب .
وقد يكون للغير على الشيء المرهون حقوق تم حفظها وفقاً للقانون ،
كحقوق ارتفاع سجلها المرتفق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، أو حق رهن
أو اختصاص قيده صاحب الحق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، فهذه
الحقوق التي تم حفظها وفقاً للقانون تبقى خارجة عن حق الحبس . وتقول
في ذلك الفقرة الأولى من المادة ١١١٠ مدني : « ينحول الرهن الدائن المرتهن
الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من
حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون » :

٦٠٢ - الحبس والتنفيذ : والحبس يثبت للدائن المرتهن من وقت
أن ينتقل الشيء المرهون إلى حيازته ، ويبقى حتى يؤدي له الدين بتمامه كما
قدمنا ، ولو بقي بعد حلول الدين بمدة طويلة .
أما التنفيذ ، فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين ، ويبقى
إلى أن ينقضي الدين .

(١) استئناف وطى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ - ططا استئناف ٢٣

يونيه سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٣١٨ .

فهناك وقت يكون فيه للدائن المرتهن الحق في الحبس وفي التنفيذ ،
وذلك من وقت حلول الدين .

• فإذا ما حل الدين ، ولم يكن هناك ما يدعو الدائن المرتهن إلى التنفيذ ،
بقي حابساً للعين وله حق التنفيذ ، يختار أيهما شاء . وقد بقي حابساً للعين ،
ويستوفى دينه من غلتها إلى أن ينقضى الدين . وعند ذلك ينقضى الرهن بانقضاء
الدين ، وينتهي حق الحبس ، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها .
وقد يعجل الدائن ، عند حلول الدين ، بالتنفيذ ، فيستوفى دينه ،
وينقضى الرهن ، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها .

وقد لا يعجل الدائن المرتهن بالتنفيذ عند حلول الدين ، ويبقى حابساً
للعين . دون أن يستوفى من الدين شيئاً لأن غلة العين المرهونة لا تفي بأكثر
من الفوائد . وهكذا يبقى الدائن المرتهن لا يستوفى من أصل الدين شيئاً ،
ولكنه يبقى حابساً للعين .

٦٠٣ - ضد من يكونه هو الحبس - الراهن : ويستطيع الدائن

المرتهن أن يستعمل حق الحبس ضد الراهن نفسه الذي تعاقد معه على الرهن ،
سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان غير المدين أى كفيلاً عينياً ،
ما دام الدائن المرتهن لم يستوف حقه كله ، وحتى لو ادعى الراهن أن الشيء
المرهون مملوكاً لغيره^(١) .

وإذا كان الشيء المرهون مملوكاً حقيقة لغير الراهن ، فإن الدائن المرتهن
يستطيع أن يستعمل حقه في الحبس ضد المالك الحقيقي ، فلا يرد إليه الشيء
المرهون حتى يستوفى حقه ، ما دام أنه كان يعتقد وقت أن ارتهن أنه تعاقد
مع المالك الحقيقي للشيء المرهون^(٢) .

٦٠٤ - الغير : ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس

(١) جيوار فقرة ٤٤ - دي هلتس فقرة ٧٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٢١٩

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٠ .

ضد الغير أيضاً ، فحق الحبس يستعمل ضد الراهن وضد الغير .

وأمثلة الغير الذى يستعمل الدائن المرتهن حق الحبس ضده المشتري لعقار المرهون الذى سجل البيع بعد قيد الرهن ، والمشتري للمنقول المرهون إذا كان تاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع ، والدائن العادى ، والدائن المتأخر فى المرتبة عن الدائن المرتهن فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية رهناً رسمياً فإن للمرتهن الأول حيازة أن يحبس العقار عن المرتهن الثانى رسمياً (١) .

٦٠٥ - التطهير لـ مثل الرهن الحيازي فى القانون المدنى : والرأى

الغالب أن حق الدائن المرتهن حيازة فى الحبس لا يجوز الاحتجاج به على الدائن قبل قيده ، ولا على من يرسو عليه المزااد بناء على طلب أحدهم (٢) . وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى (م ١١١٣ من القانون المدنى الجديد) تنص على أن الرهن الحيازي ينقضى « إذا بيعت العين المرهونة بالمزااد العلنى بيعاً جبرياً » . وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ١٥٤٩ (التى أصبحت المادة ١١١٠ من القانون المدنى الجديد) أن للدائن المرتهن أن يحبس الشيء « فى مواجهة الغير من الدائنين المتأخرين عنه فى المرتبة . فإذا رهن الراهن الشيء مرة ثانية رهن حيازة أو رهناً رسمياً فى العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين من المرتهن الثانى . ولكن إذا نفذ الثانى على العين وباعها فى المزااد ، فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسى عليه المزااد . وهذا هو الحكم فى التقنين الحالى (السابق) ، فعدل القانون الجديد من هذا الحكم الذى يشل من حقوق الدائنين ، وقرر أن رهن الحيازة ينقضى إذا بيعت العين المرهونة بالمزااد العلنى بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤) (٣) .

(١) محمد كامل موسى بقرة ٣٢١ ص ٤٢٦ .

(٢) كولان وكايتان ٢ بقرة ١٠٤٧ - بوى ودى لوان بقرة ٢١٩ .

(٣) انظر آنفاً بقرة ٥٥٩ .

ولكن لجنة المراجعة حذفت النص القائل « إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً » ، استبقاء لحكم القانون السابق فيما يقضى به من أن البيع الجبري لا يظهر العين من الرهن الحيازي . ولتطهير إذن لا يشمل رهن الخيار في التقنين المدني الجديد^(١) .

٦٠٦ - التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون المرافعات الجديد :

غير أن قانون المرافعات الجديد نص في المادة ٦٩٠ منه على أنه « يترتب على تسجيل حكم مرسى المراد أو التأشير به وفقاً لحكم المادة ٦٨٨ تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيازة التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخيراً بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين ٦٣٢ و ٦٥٧ فلا يبقى إلا حقهم في الثمن » . ومن هذا النص يتبين أن قانون المرافعات الجديد أوجب أن يكون التطهير شاملاً للرهن الحيازي

وقد لفت نظر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ أن قانون المرافعات الجديد يتعارض مع القانون المدني الجديد ، ورأت الأخذ بقانون المرافعات الجديد ، وأن البيع الجبري يظهر العقار من الرهن الحيازي ، وأن نصوص قانون المرافعات تعدل نصوص القانون المدني . وبررت اللجنة رأيها بأنه « لا محل للفرقة بين الرهن الحيازي وغيره من الرهن ، ولا معنى لأن يضني المشرع على الرهن الحيازي ميزة خاصة تجعله أولى بالرعاية حتى من البائع الذي لم يقبض ثمن العقار » . وقالت في تبرير النص الوارد في قانون المرافعات بأنه يقوم على « الرغبة في تصفية الموقف . بالنسبة إلى الدائنين جميعاً ، وتخليص العقار من كل قيد أو عبء ، ورد حقوق الدائنين للثمن بعد أن يباح العقار جبراً ويصل بالإجراءات التي وضعت له إلى أقصى ثمن مستطاع . ولا وجه لأن يقطع السبيل على الراسي عليه المزاد في الحصول على العقار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٩ - ص ٢٤٢ .

واستغلاله بعد أن أدى الثمن الذى وصل إليه البيع وحتى بعد زيادة العشر .
وذلك لا لسبب إلا لأن هناك مرتباً لم يقبض كل دينه ، والطبيعى أن الثمن
يعتبر ممثلاً للعقار . وفى الأخذ بالقاعدة الاستفادة من القانون المدنى تدعيم
للرهن الحيازى دون مبرر وتميز له دون ميزة ، وإذا كان الرهن الحيازى
وسيلة لاستيفاء الدين ، فالبيع بالمراد وسيلة لاستيفائه كذلك .

٦٠٧ - متى ينعدم التعارض بين القانون المدنى وقانونه المرافعات :

والتعارض بين القانون المدنى وقانون المرافعات لا يقع فى الحالة التى يكون
فيها الدائن الحاجز صاحب رهن رسمى أو اختصاص أو امتياز سابق فى المرتبة
على الرهن الحيازى .

فوفقاً لأحكام القانون المدنى ، لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن
الحيازى فى مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازى . ولما
كان المشتري بالمراد يعتبر خلفاً للدائن المنفذ ، والدائن المنفذ أسبق من الدائن
المرتهن حيازة ، فلا يسرى حق الحبس على مشتري العقار بالمراد بناء
على طلب هذا الدائن المنفذ (١) .

٦٠٨ - الحبس للدين المضمون بالرهن : وحق الحبس الثابت للدائن

المرتهن لا يكون إلا بضمان الدين المضمون بالرهن .
ولا يكون بالنسبة إلى الديون الأخرى التى قد يكون المدين الراهن
ملتزماً بها للدائن المرتهن ، قبل الرهن أو بعده .
فيجب على الدائن المرتهن رد الشيء المرهون للمدين الراهن ، إذا
استوفى الدائن المرتهن كل حقه المضمون بالرهن كاملاً ، ولو كانت له
ديون أخرى على المدين الراهن .

(١) انظر - مد كامل مرسى فقرة ٢٢١ م ص ٣٠ - ومضى سيف فقرة ١٩ .

٦٠٩ - الرهن الضمني : وفي الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨٢ مدني

فرنسي ، إذا وجد على نفس المدين لنفس الدائن دين آخر . تنفق عليه بعد الرهن وصار مستحقاً قبل الدين المضمون بالرهن ، فلا يتخى الدائن عن الرهن قبل أن يدفع له الدينان الأول والثاني بأكتهما . حتى لو لم يحصل اتفاق بتخصيص الرهن لأداء الدين الثاني

وهذه هي حالة الرهن الضمني (gage tacite) . ويشترط فيها :

- (١) أن يكون الدين الثاني متفقاً عليه بين نفس المدين ونفس الدائن .
- (٢) وأن يكون هذا الاتفاق قد عقد بعد الرهن . (٣) وأن يحل الدين الثاني قبل حلول الدين الأول .

وربط الدين الثاني بالرهن مبني على الإرادة الضمنية للمتعاقدين ،

وهناك قولان في القانون المدني الفرنسي :

١ - لدائن ، في الدين الثاني ، ماله في الدين الأول ، حق الحبس وحق الامتياز (١) .

٢ - ليس للدائن في الدين الثاني حق الامتياز ، ولكن له حق الحبس (٢) .

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه كان الأولى بالشارع الفرنسي عدم النص على هذا الرهن الضمني (٣) .

ولم يأت القانون المصري بهذا الرهن الضمني ، فلا يعمل به في هذا القانون (٤) .

(١) بون فقرة ١١٩٩ - بيدان فقرة ٢٠٩ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٦٧ - ترولون فقرة ٥٦٧ - ترولون فقرة ٤٦٥ - لوران فقرة ٥٠٨ - جيوار فقرة ١٥٧ - بودري ودي لوان فقرة ١١٠ - أوبري ورو ٣ فقرة ٥٣٤ هامش ٤ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٣ .

(٤) عهد السلام دمي فقرة ٤٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٢٢ ص ٤٢٢ - جرانيمولان فقرة ١٥٠ .

٦١٠ - استرداد الشيء المرهون : وإذا عاد الشيء المرهون إلى

الراهن ، بغير رضا الدائن المرتهن . ولم يستوف الدائن المرتهن حقه كاملاً .
كان له أن يستعيد الشيء المرهون من الراهن .

وله أيضاً أن يسترده من الغير . إذا خرج الشيء من يده غصباً دون إرادته أو خلصة دون علمه . وإنما يجب على الدائن المرتهن أن يحترم ما قد يكون الغير قد كسب بحسن نية على الشيء من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن . إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق الدائن المرتهن . وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ : « وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه . كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة » .

٦١١ - حق الحبس والحق في الحبس : ويجب عدم الخلط بين حق

الحبس والحق في الحبس .

فحق الحبس هو ما شرحناه فيما مر ، وهو حق عيني ، أو هو إحدى مزايا الحق العيني وهذا الحق العيني هو رهن الحيازة . ويثبت للدائن المرتهن ما بقي له حق رهن الحيازة ، حتى يستوفي المبالغ التي يضمنها المرهن بأكملها .

أما الحق في الحبس ، فهو الذي يثبت للدائن بموجب المادة ٢٤٦ مدني ، وهو حق شخصي لا حق عيني ، يثبت للدائن إذا توافرت فيه الشروط التي يستلزمها القانون . وقد سبق أن شرحنا مفصلاً الحق في الحبس ، فلا نعود إلى ذلك منعاً للتكرار .

وقد نصت المادة ١٠٤٢ / ٢ من التقنين السوري على ما يأتي : « وإذا رجعت ملكية الشيء إلى نفسه المدين دين آخر عقد بعد إنشاء الرهن وأصبح مستحق الأداء قبل إيداع دين الأول ، حق له أن يحبس مرهون إن أن يستوفي مبالغ الدينين توطاً » .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازي

٦١٢ - انقضاء بصفة تبعية وانقضاء بصفة أصلية : ينتقض الرهن الحيازي إما بصفة تبعية ، أو بصفة أصلية ، وهو في ذلك كالرهن الرسمي .

فينتقض بصفة تبعية ، إذا انتقض الدين المضمون بالرهن . فينتقض الرهن تبعاً لانقضاء الدين . فالرهن تابع للدين ، يزول بزواله ، ويبقى ببقائه .

وينتقض الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينتقض الدين . ففي زال الرهن الحيازي دون أن يزول الدين ، فزوال الرهن الحيازي يكون بصفة أصلية ، غير تابعة لزوال شيء آخر . وهناك حالات محدودة يزول فيها رهن الحيازة بصفة أصلية . أي يزول وحده دون أن ينتقض تبعاً لانقضاء الدين . لأن الدين يبقى كدين عادي مع زوال حق الرهن . فنعتقد لانقضاء الرهن الحيازي مبحثين :

المبحث الأول : انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية .

المبحث الثاني : انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية .

المبحث الأول

انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

٦١٣ - انقضاء الدين وزواله : الدين المضمون بالرهن الحيازي

قد يزول لأنه لم يوجد صحيحاً ، وقد ينتقض لأنه بعد أن وجد صحيحاً انتقض بسبب من أسباب انقضاء الدين .

٦١٤ - أسباب زوال الدين : ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد في عقد باطل ، فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معها الرهن الحيازي بصفة تبعية أي تبعاً لزوال الدين .

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد في عقد قابل للإبطال ، فيختار من له مصلحة في إبطال العقد إبطائه . فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معها الرهن الحيازي .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ في عقد معلق على شرط فاسخ ، فيتحقق الشرط ، ويزول العقد بأثر رجعي ، فيزول الدين بأثر رجعي ، ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعي كذلك .

٦١٥ - أسباب انقضاء الدين : وقد يوجد الدين صحيحاً ، ويبقى . ولكنه ينتقض بسبب من أسباب انقضاء الدين . وبانقضاء الدين ينتقض الرهن بصفة تبعية ، تبعاً لانقضاء الدين .

٦١٦ - تعداد أسباب انقضاء الدين : والدين ينتقض بأحد الأسباب الآتية :

١ - الوفاء : وانقضاء الدين المضمون برهن الحيازة عن طريق الوفاء تنبع فيه القواعد العامة المقررة في وفاء الديون . والوفاء مع الحلول يجعل الموفي محل الدائن في رهن الحيازة الذي له ، وقد يتعذر الوفاء للدائن مباشرة في فروض معينة فليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقي فتبرأ ذمته (١) .

(١) انظر في الوفاء في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٤٤ .

٢ - الوفاء بمقتضى بل : وإذا استحق المقابل في يد الدائن . فإن الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق . والوفاء بمقابل ينقضى الدين الأصلي بالتجديد ، ثم ينقضى الدين الجديد ، الذي حل محل الدين الأصلي ، بالوفاء (١) .

٣ - التجديد : والتجديد عمل مركب . فهو قضاء دين قديم ، وإنشاء دين جديد محل محله (٢) .

٤ - المقاصة : والمقاصة أداة وفاء . وأداة ضمان (٣) .

٥ - اتحاد الذمة : وقد يزول السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ويعود الدين إلى الظهور ، وقد يزول السبب بأثر غير رجعي فلا يضار الغير بعودة الدين إلى الظهور (٤) .

٦ - الإبراء من الدين : والإبراء تصرف تبرعى من جانب واحد ، هو الدائن المبرئ . وينقضى به الدين (٥) .

٧ - استحالة التنفيذ : ويجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه . فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقضى الدين (٦) .

٨ - انتقادم المسقط : ويلاحظ هنا أن الدين الأصلي لا يسقط بالانتقادم مادامت العين المرهونة حيازياً تحت يد الدائن بصفة رهن حيازة ، لأن وجود رهن الحيازة يقطع المدة إذ أنه اعتراف مستمر من جانب المدين بوجود الدين (٧) .

(١) انظر في الوفاء بمقابل في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ .

(٢) انظر في التجديد في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٤٩ - فقرة ٢٥١ .

(٣) انظر في المقاصة في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣ .

(٤) انظر في اتحاد الذمة في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٦ .

(٥) انظر في الإبراء في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٥٧ - فقرة ٢٦٠ .

(٦) انظر في استحالة التنفيذ في الرهن الرسمي آتفاً فقرة ٢٦١ - فقرة ٢٦٢ .

(٧) لوران فقرة ٤٩٧ وفترة ٥٥٥ - جيوار فقرة ١٤٤ وفترة ٢٢٣ - بودرى -

وقد جاء في المادة ٣٨٤ مدني : « ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً . ٢ - ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن هذا النص : « يراعى أن ترتيب رهن الحيازة بنفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقى الشيء المرهون في يد المرتهن . فبمجرد ترك الدائن الشيء المرهون في يد المرتهن ، وترخيصه لهذا الدائن في اقتضاء حقه من إرادته ، يعتبر إقراراً ضمناً دائماً أو متجدداً » (١) .

٦١٧ - عودة الرهن الحيازى بزوال السبب الذى انقضى به الدين -

نص قانونى : نصت المادة ١١١٢ مدني على ما يأتى :

« ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » (٢) .

= ودى لوان فقرة ١٠٢ وفقرة ١٨٧ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٤٣٤ وهامش ١٥ - وفقرة ٤٣٨ وهامش ١ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٢ - استئناف وطنى ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٢٣ ص ١٠٧ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٥ ص ١٥٦ (يقف سريان الخمس السنوات المقررة لسقوط الحق في المطالبة بالفضلة التى استولى عليها الدائن المرتهن من الدين المرهونة ما دام الرهن قائماً) - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١١٧ ص ٣٧٤ (ما دام الطامن قد رهن للدائن حيناً رهن حيازة فلا يسقط الدين بالنسبة إليه ما بقى المرهون في حيازة الدائن) .

(١) انظر في ذلك محمد كامل مرمى فقرة ٣٤٢ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ - وانظر في

التقادم المسقط في الرهن الرسمى آنفاً فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٣ من المشروع التمهيدى هـ وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم

١١١٢ (مجموعة الأعمال الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« ينتضى رهن الحيازة بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون ، على النحو المبين فى الرهن الرسمى » (١) .

ويتبين من هذا النص أن حق الرهن الحيازى ينتضى ، كما فى الرهن الرسمى . بانقضاء الدين المضمون بالرهن . وقد حددنا فيما تقدم أسباب انقضاء الدين ، وكل منها إذا توافر ينتضى به الدين المضمون بالرهن الحيازى . فينتضى هذا الرهن تبعاً لانقضاء الدين . ذلك لأن رهن الحيازة تابع لالتزام أصلى ، فإذا انتضى هذا الالتزام الأصلى انتضى الرهن الحيازى معه ، لأن التابع يزول مع الأصل .

وإذا زال السبب الذى انتضى به الدين ، فعاد الدين كما كان ، عاد ومعه الرهن الحيازى الذى كان قد زال ، والذى يرجع لضمان الدين مرة ثانية . فإذا كان السبب الذى انتضى به الدين هو الوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل ، فإن الدين وهو مضمون برهن حيازى يعود ، ويعود معه الرهن الحيازى .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى الدورى م ١/١٠٧٠ يزول الرهن بتحديد الدين عند استحقاقه . . . المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انتضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن نية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق ومودته .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٤٦ : ينتضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المؤثوق ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انتضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن نية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الدين ومودته .

تقنين الملكية المقاربية المسمى م ١١٠ : يزول الرهن بتحديد الدين عند استحقاقه . . .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٩ .

وذلك « دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ». فإذا فرضنا أن الدين انقضى بالوفاء وزال بانقضائه الرهن الحيازي ، فرتب المدين على محل الرهن الحيازي رهناً رسمياً لشخص حسن النية اعتقد أن الرهن الحيازي قد انقضى بانقضاء الدين بالوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل فعاد الدين كما كان ، فإن الرهن الرسمي الذي كسبه الغير حسن النية يبقى سابقاً للرهن الحيازي عندما يعود هذا الرهن .

المبحث الثاني

انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

٦١٨ - أسباب الانقضاء : المفروض هنا أن الرهن الحيازي ينقضي

بصفة أصلية ، أي ينقضي وحده دون أن ينقضي الدين المضمون بالرهن الحيازي .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة : ينقضي بها الرهن الحيازي بصفة أصلية . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة سببان آخران : البيع الجبري بموجب قانون المرافعات الجديد ، وفسخ الرهن الحيازي بموجب المادتين ١١٠١ و ١١٠٦ مدني .

٦١٩ - أسباب تهوية - نص قانوني : وقد نصت المادة ١١١٣

مدني على ما يأتي :

« ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

(١) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق . وكان ذا أهلية في إبراء ن. من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تحلى الدائن

باختياره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ .
على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن
لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره .

(ب) إذا اجتمع حق رهن الحيازة مع حق الملكية في يد شخص واحد .
(ج) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون ^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى على الوجه
الآتى : « ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (١) إذا بيعت العين المرهونة
بالمزاد العلنى بيماً جبرياً . (ب) » . وحلت لجنة المراجعة البند (أ) استبقاء لحكم القانون
الحالى (السابق) فيما يقضى به من أن البيع الجبرى لا يظهر العين من الرهن الحيازى ، ووافقت
على النص تحت رقم ١٢١٧ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم
١٢٠٢ ، بعد أن حذف من البند (ب) العبارة الآتية « على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر
لمصلحة أحسنى ، فإن انقضاء الرهن بالتعدى الذمة لا يمنع في حق هذا الأخير . ولا يعتبر
الرهن منقضيًا إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة
لزواله أثر رجعى » . ووافق مجلس الشيوخ على النص ، تحت رقم ١١١٣ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٤٢) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى الدورى م ١/١٠٧٠ يزول الرهن بـ . . . أو بالانقاع بين المدين والمدين والدائن
أو بمجرد إرادة المرتهن .

التقنين المدنى الليبى م ١١١٧ : ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :
(١) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين . ويجوز
أن يستفاد التنازل ضمناً من تحمل الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على
التصرف فيه دون تحفظ ، على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير إلا إذا أقره .
(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية في يد شخص واحد . (ج) إذا هلك الشيء
أو انقضى الحق المضمون .

التقنين المدنى العراقى م ١٣٤٩ . ينقضى أيضاً الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية :
(١) ببيع المرهون لإيمان بين آخر وبشرط لإجراءات المقررة قانوناً . (ب) إذا اجتمع حق
الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد ، ويعود الرهن إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعى
(ج) إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن أو استقلاله عن الدين ، ويجوز أن يستفاد التنازل دلالة

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

« ينقضى الرهن الحيازى أيضاً بطريقة أصلية . أى مستقلاً عن الدين ، ببيع العين فى المزاد الجبرى . وهذا الحكم هام . فقد تقدم أنه هو الذى يستند إليه الراعى عليه المزاد فى تسلم العين من المرتهن الأول ، إذا بيعت العين بناء على طلب دائن تال له فى المرتبة . وكذلك ينقضى الرهن بتنازل الدائن عنه إذا توافرت فيه الأهلية اللازمة . ويستفاد التنازل ضمناً بالتخلي عن الشيء اختياراً أو الموافقة دون تحفظ على التصرف فيه . ولكن إذا كان الرهن مثقلاً بحق لأجنبى كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى . وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة فى يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة . ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبى على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم فى المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك . فإن اتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثانى . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية فى استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيى الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستقبلاً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى ، كما إذا فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين . ويزول الرهن

= من تخل المرتهن باختياره من حيازة المرهون أو موافقه على التصرف فيه دون تحفظ . (د) إذا ملك المرهون .

تقنين الملكية العقارية اللبناني م ١١٦ : يزول الرهن . . . أو بالاتفاق بين المديون والدائن المرتهن ، أو بمجرد إرادة المرتهن

أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون . فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلاً ، وتنازل المتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن (١) .

فيوجد إذن أسباب خمسة لانقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية ، نذكرها على التعاقب ، وهي : (١) نزول الدائن المرتهن عن الرهن . (٢) اتحاد الذمة . (٣) هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون . (٤) البيع اجبري . (٥) فسخ الرهن الحيازي (٢) .

§ ١ - نزول الدائن المرتهن عن الرهن الحيازي

٦٢٠ - نص قانوني : نصت المادة ١١١٣ (أ) مدني على ما يأتي :

« ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين - ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختباره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه إذا كان الرهن مثلاً بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا يفسد في حق هذا الغير إلا إذا أقره . (ب) »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤١ - ص ٢٤٢ .

(٢) وعقد الرهن ، في غير الحالات الخاصة ، لا يزول بإرادة واحدة بل باجتماع إرادتين . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد حصل تحصيلًا سائفاً من المستندات أن اتفاقاً قد تم بين الطاعن والطعون عليه أن يضع هذا الأخير اليد على الأتبان التي رهنها له الطاعن رهنًا تأمينيًا وأن يحصل ريعها خصماً من دينه ، وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازي لاحق للرهن التأميني أم عقد وكالة لإدارة الأتبان واستيفاء الدين من غلتها ، فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن في أن ينهي بإنذار منه العلاقة القائمة فيما بينهما ، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة ، وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن ، فإن التمسك على الحكم بالخطأ في التكييف يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة الخمسة والعشرين ص ٣٩٤ رقم ١٥) .

فالرهن ينتقضى مستقلاً عن الدين ، أى ينتقضى بصفة أصلية ، إذا نزل الدائن المرتهن عنه ، وهو صاحب حق الرهن الحيازي^(١).

٦٢١ - الأهلية اللازمة لنزول الرائن المرتهن عن رهن الحيازة :

ولما كان الرهن الحيازي هو الضامن للدين ، فقد جعله المشرع بمثابة الدين نفسه ، فالنزول عن الرهن الحيازي يكون بمثابة النزول عن الدين نفسه . لذلك اشترط القانون ، فى أهلية النزول عن الرهن الحيازي ، أهلية إبراء ذمة المدين من الدين .

وهذه الأهلية هى أهلية التبرع ، فيجب أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ولو لسفه أو غفلة . فإن كان صغيراً أو محجوراً عليه ، فلا يملك النزول عن رهن الحيازة تبرعاً . ولا يملك أحد غيره ذلك ، قيماً كان أو وصياً أو ولياً ، ولو بإذن المحكمة . وينص القانون ، كما رأينا ، على أن ينتقضى رهن الحيازة « إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين » .

٦٢٢ - النزول الصريح والنزول الضمنى :

والنزول عن رهن الحيازة إما أن يكون نزولاً صريحاً ، أو نزولاً ضمناً . ولا يشترط فيه شكل خاص ، فأى نزول صريح أو ضمنى يكتفى . والنزول ، الصريح أو الضمنى ، عن رهن الحيازة يقضى هذا الرهن تبرعاً ، وينزول رهن الحيازة من وقت النزول ، لا قبل ذلك .

٦٢٣ - استفاضة النزول الضمنى :

وقد أورد المشرع ، فى المادة ١١١٣ مدنى ، مثلين على النزول الضمنى . فيجوز أن يستفاد النزول الضمنى :

(١) استئناف مخطط ١٤ يونيو ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩٥ .

١ - من تخلى الدائن باختباره عن الشيء المرهون . ذلك لأن الدائن المرتهن حيازة يلتزم الراهن بتسليمه الشيء المرهون ، كما أسلفنا . ولا يجوز للدائن المرتهن . بعد أن يتسلم الشيء المرهون . أن يتخلى عن حيازته طوعاً . فإن سلب منه غصباً ، أو أخذ خلسة ، وأثبت الدائن المرتهن ذلك ، فله أن يسترده . وللدائن المرتهن كذلك أن يوجر الشيء المرهون . أو يعيره . أو يودعه عند أحد . فإن فعل استرد الشيء عند نهاية الإيجار أو العارية أو الوديعة . أما أن يتخلى عن الشيء المرهون طوعاً ، لا لإيجار أو لسبب آخر لا يقيّد نزوله عن الرهن ، فهذا نزول ضمنى عن الرهن الحيازي ، وينقضى الرهن بهذا النزول .

٢ - ومن مرافقة الدائن المرتهن حيازة على التصرف في الشيء المرهون دون تحفظ . فإذا كان الراهن الذي يملك الشيء المرهون باع هذا الشيء لآخر على أنه غير مرهون ، وانتزعه من حيازة الدائن المرتهن وسلمه للمشتري ، ورضى الدائن المرتهن بذلك دون أن يتحفظ بأن يسلم الشيء مع حفظ حقه فيه باعتباره دائناً مرتباً . فإن الدائن المرتهن يكون بذلك قد نزل ضمناً عن حقه في الرهن الحيازي باختباره . فيزول الرهن بهذا النزول .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدى : « ولكن إذا كان الرهن مثقلاً بحق لأجنبي ، كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له ، فإن هذا الدائن الثانى يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثانى »^(١) . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١١١٣ (أ) مدنى ، كما رأينا ، ما يأتى : « على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ

في حق هذا الغير إلا إذا أقره . وتفرض مذكرة المشروع التمهيدى أن الدائن المرتين حيازة قد رتب على حقه في الرهن رهناً لدائن له ، ثم نزل عن رهنه نزولاً صريحاً أو ضمناً . فإذا قلنا بعبارة مطلقة إن نزول الدائن المرتين الأول عن رهنه يزيل الرهن ، تأذى من ذلك الدائن المرتين الثاني لأنه مرتين لحق رهن الدائن المرتين الأول ، فزوال حق رهن الدائن المرتين الأول يزيل حق الدائن الثاني ، فلا يبقى إذن إلا القول بأن زوال حق رهن الدائن الأول لا يتفد في حق الدائن الثاني ، فيبقى حق رهن هذا الدائن الثاني قائماً . إلا إذا أقر الدائن الثاني نزل الدائن الأول عن حقه في الرهن .

§ ٢ - اتحاد الذمة

٦٢٤ - نص قانونى : ونصت المادة ١١١٣ (ب) على ما يأتي :

« ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتية : (أ)
(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية في يد شخص واحد .
(ج) »

وكان النص في أصله ، وهو النص الواجب العمل به ، يجرى على الوجه الآتى : « (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية في يد شخص واحد . على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة أجنبي ، فإن انتضاء الرهن باتحاد الذمة لا ينفذ في حق هذا الأجنبي . ولا يعتبر الرهن منقضاً إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى » .

وقد قررت مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ما يأتي : « وينقضى الرهن كذلك باتحاد الذمة ، بأن يجمع الرهن ومركبة العين المرهونة في يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتين العين المرهونة .

ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره للدائن له كما تقدم في مثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني . كذلك لا يعد الرهن منقضيًا باتحاد الذمة إذا كانت لهلك مصححة قانونية في استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستقبلاً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينتضي إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين ^(١) .

٦٢٥ - كيف ينتضي الرهن باتحاد الزمة : ينتضي الرهن باتحاد

الذمة ، إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد . ويجتمع هذان الحقان في يد المرتهن حيازة ، إذا اشترى هذا المرتهن العين المرهونة ، فيصبح مالكا لحق الرهن الحيازي ولعين نفسها . فتتحد الذمة ، وينتضي حق الرهن الحيازي .

ويجتمع هذان الحقان في يد المالك لعين ، إذا اشترى المالك الدين المضمون بحق رهن الحيازة ، فيصبح مع ملكيته للعين مالكا لحق رهن الحيازة ، فتتحد الذمة . وينتضي حق الرهن الحيازي .

ويجتمع هذان الحقان في يد أجنبي . إذا اشترى هذا الأجنبي ملكية العين المرهونة من مالكيها واشترى الدين المضمون بالرهن الحيازي ، فيصبح الأجنبي مالكا للحقين ، فتتحد الذمة ، وينتضي الرهن الحيازي .

ولا يخل اتحاد الذمة : (١) بحق أجنبي ارتهن حيازة . (٢) ولا باستبقاء المالك لحق الرهن . (٣) ولا بزوال اتحاد الذمة بأثر رجعي .

(١) أنفاً فقرة ٦١٦ .

٦٢٦ - هو أجنبي الرهن هيازة : إذا كان المرتهن حيازة قد رتب

على حقه في رهن الحيازة حق رهن لأجنبي ، فأصبح هذا الأجنبي الدائن المرتهن الثاني ، فان المرتهن الأول لا يستطيع أن يمس بحق الأجنبي المرتهن الثاني .

فإذا فرضنا أن المرتهن الأول اشترى ملكية العين المرهونة من مالكتها ، فأصبح مالكا لرهن الحيازة وللملكية معاً . واتحدت الذمة بذلك ، فإن اتحاد الذمة هذا لا يخل بحق المرتهن الثاني .

وتقول مذكرة المشروع التهيدى في هذا المعنى : « ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره ندائن له كما تقدم في المثل السابق ، فان الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن التالي (١) » .

فالدائن الثاني إما أنه لا يسرى في حقه اتحاد الذمة ويبقى حق رهنه قائماً على حق رهن الحيازة ، أو يقر اتحاد الذمة فيضيع عليه حق رهنه .

٦٢٧ - استبقاء المالك لحي الرهن : وتقول مذكرة المشروع

التهيدى ، في هذا الصدد ، ما يأتي : « كذلك لا يعد الرهن منقضاً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهن لضمانه (٢) . فهنا كان يوجد ، لا مدين رهن ، بل كفيل عيني رهن ، ورأى الكفيل العيني أن يشترى الدين المضمون بالرهن ، حتى يخلص العين المملوكة له من هذا الرهن . فاشترى الدين ، حاسباً بذلك أنه يملك الدين

(١) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٦٢٥ .

وأصبح الآن يملك الرهن ، فيزول الرهن باتحاد الذمة . ولكنه وجد نفسه في حاجة إلى بيع الدين الذي اشتراه ، وأن يستبقى الرهن ضامناً للدين . ففعل ذلك ، فلا شك أنه لما باع الدين مضموناً بالرهن ، لم يزل الرهن باتحاد الذمة لأنه لا زال باقياً . ويرجع الكفيل كفيلاً عينياً كما كان ، له عين مرهونة في الدين ، ولكن صاحب هذا الدين شخص آخر هو الذي اشترى الدين مضموناً بالرهن فيما قد قدمناه .

٦٢٨ - زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي : وجاء في مذكرة المشروع

التمهيدى ما يأتي : « وكذلك لا ينتضى الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين » (١) .

فهنا اشترى المرتهن حيازة ملكية العين المرهونة ، فصار صاحب رهن حيازي وصاحب ملكية العين المرهونة . فتحدثت الذمة وانتضى الرهن باتحاد الذمة .

ولكن تبين بعد ذلك أن البيع الذي اشترى به الدائن المرتهن ملكية العين المرهونة قابل للتسخ ، وفسخ بأثر رجعي . عند ذلك لا يعود الدائن المرتهن مالكا للعين المرهونة ، ويزول اتحاد الذمة بأثر رجعي . ويعود الدائن المرتهن دائناً مرتباً فحسب ، لا مالكا .

وتعود الأمور كما كانت قبل اتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي . ويعود الرهن حافظاً قوته الأصلية ، بعد أن كان قد زال باتحاد الذمة (٢) .

§ ٣ - هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون

٦٢٩ - نص قانوني : ونصت المادة ١١١٣ (ح) مدني على ما يأتي :

(١) آنفاً فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا اشترى المرتهن العين المرهونة ، ثم بعد ذلك أبطل البيع أو ألغى أو فسخ لأي سبب من الأسباب ، عاد الرهن إلى كيانه الأول حافظاً قوته الأصلية (استئناف وطني ٩ يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣ ص ٣٠٧) .

ه ينتضى أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) . . .

(ب) (ح) إذا هلك الشيء أو انتضى الحق المرهون .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي :

« ويزول رهن أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون .

فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلاً ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحق الدائن المرتهن » (١) .

٦٣٠ — انقضاء الرهن الحيازي بهلاك الشيء : وينتضى الرهن

الحيازي بهلاك الشيء المرهون . وهذا طبيعي ، لأن الشيء المرهون لم يعد له وجود ، فيزول الرهن بزوال محله .

والشيء المرهون قد يهلك بخطأ الراهن ، أو بخطأ المرتهن ، أو بسبب أجنبي .

فإن هلك بخطأ الراهن ، كان هذا مسئولاً عن الهلاك ، ودفع تعويضاً عنه يخل محل الشيء المرهون الهالك . وينتقل الرهن بذلك ، من الشيء المرهون ، إلى التعويض .

وإن هلك بخطأ المرتهن . كان هذا مسئولاً عن الهلاك كذلك ، ويخل التعويض محل الشيء المرهون ، وينتقل إليه الرهن .

وإن هلك بسبب أجنبي ، فإن كان هذا السبب هو خطأ الغير ، حل التعويض محل الشيء وانتقل إليه الرهن .

وإن كان السبب هو القوة القاهرة أو القضاء والقدر ، لم يكن أحد مسئولاً عن التعويض . فلا يدفع تعويض ، ويزول الشيء فيزول الرهن بزواله ، وعلى هذا الوجه ينتضى الرهن .

٦٣١ — انقضاء الرهن بانقضاء الحق المرهون — من الانتفاع

وقد يكون الشيء المرهون حقاً انتفضي ، فيزول الرهن بانقضائه .

فإن كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانقضى بانتضاء مدته أو بموت
المتفع ، فلا مناص من انتضاء الرهن الحيازي بانتضاء حق الانتفاع على
هذا الوجه .

أما إذا نزل المتفع عن حق الانتفاع ، فإن نزوله لا يؤثر في الرهن ،
ولا ينتضى الرهن بنزول المتفع . ذلك لأن النزول عن حق الانتفاع سبب
لإرادى من جانب المتفع ، ولا يجوز للمتفع أن يضر بإرادته المرتين على
هذا الوجه . وعلى ذلك يبقى حق الانتفاع مثقلاً بالرهن ، بالرغم من نزول
المتفع . ولا يزول حق الانتفاع بالنسبة إلى المرتين إلا بسبب طبعى ،
كانقضاء المدة أو موت المتفع .

وفى ذلك تقول مذكرة المشروع التمهيدى : « فإن كان الحق المرهون
حق انتفاع مثلاً . وتنازل المتفع عنه . فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن
المرتين »^(١) .

§ ٤ - البيع الجبرى

٦٣٢ - تاريخ المسألة : ذكرنا فيما تقدم أن الرهن الحيازي لم يكن
ينقضى ، فى التقنين المدنى السابق ، ببيع الجبرى . بل كان للدائن المرتين ،
فى حالة بيع الشئ المرهون بيعاً جبرياً ، الحق فى حبسه عن الراسى عليه
المزاد .

وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدى (م ١١١٣ من التقنين
المدنى) تنهى رهن الحيازة « إذا بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً » .

ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، استبقاء لحكم التقنين السابق
فيما قضى به من أن البيع الجبرى لا يطهر العين من الرهن الحيازي .

غير أن قانون المرافعات الجديد نص فى المادة ٢٠٠ منه على أنه يترتب

(١) آنفاً فقرة ٦٢٩ .

على تسجيل حكم مرسى المزايد تظهر العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازة .

فأصبح بموجب القانون المدنى لا ينقضى حق الرهن الحيازى بالبيع الجبرى ، أما بموجب قانون المرافعات فينقضى بالبيع الجبرى ، لا حقوق الرهن الرسمى والاختصاص فحسب ، بل ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازى .

٦٣٣ - رد تعارضه بين القانون المدنى وقانون المرافعات فى حالة

معينة : ولا يقع تعارض بين قانون المرافعات والقانون المدنى فى حالة معينة ، بل يكون الحكم فيها واحداً .

وهذه هى الحالة التى يكون فيها الدائن الحاجز صاحب حق رهن رسمى أو اختصاصى أو امتياز سابق فى المرتبة على مرتبة الرهن الحيازى .

فى القانون المدنى لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن الحيازى فى مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازى . وهذا هو أيضاً حكم قانون المرافعات الجديد (١) .

٦٣٤ - قانون المرافعات عدل القانون المدنى فى بنية المحالوت :

أما فى بنية المحالوت ، فيجب القول بأن قانون المرافعات الجديد ، وهو قانون متأخر فى التاريخ عن القانون المدنى ، قد عدل القانون المدنى فى هذه المسألة .

وعلى ذلك يكون البيع الجبرى ، وفقاً لقانون المرافعات ، مطهراً للعقار من جميع الحقوق العينية التبعية ، ويدخل فى ذلك حق الرهن الرسمى وحق الرهن الحيازى .

(١) انظر فى ذلك أيضاً فقرة ٢٠٧ .

§ ٥ - فسخ الرهن الحيازي

٦٣٥ - ضمانه الراهن لسلامة الرهن ونفاذه : رأينا أن المادة ١١٠١

مدني تنص على ما ما يأتي : « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعماله لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » (١) .

وقد سبق أن قررنا ، في هذه المناسبة ، أنه إذا « ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه أولاً ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطالب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التقديم المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً » (٢) .

ومعنى المطالبة بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً ، أن الدائن المرتهن قد فسخ الرهن فالتقضى بصفة أصلية . وهو الآن يطالب بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً .

٦٣٦ - إدارة الشيء المرهون : ورأينا أن الفترة الثانية من المادة

١١٠٦ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء لإدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه » (٣) .

(١) انظر آتياً فقرة ٥٤٧ .

(٢) انظر آتياً فقرة ٥٤٩ .

(٣) انظر آتياً فقرة ٥٧٠ .

ومعنى طلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه أن الرهن قد فسخ
الرهن فزال بصفة أصلية ، وهو الآن يطلب استرداد الشيء مقابل دفع
ما عليه .

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازي

٦٣٧ - أنواع ثلاثة : تعرض القانون في هذا الفصل لأنواع ثلاثة
من الرهن الحيازي : الرهن العقاري ، ورهن المنقول ، ورهن الدين :
فنعقد لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

الرهن العقاري

٦٣٨ - مواد مملوكة خاصة بالرهن العقاري : أورد المشرع مواد
ثلاثاً خاصة بالرهن العقاري ، وهى :
١ - مادة أولى (م ١١١٤ مدنى) خاصة بتنفيذ الرهن العقاري فى حق
الغير .

٢ - مادة ثانية (م ١١١٥ مدنى) خاصة بجواز أن يؤجر الدائن المرتهن
العقار المرهون إلى الراهن .

٣ - مادة ثالثة (م ١١١٦ مدنى) خاصة بحفظ الدائن المرتهن للعقار
المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف .

فنعالج كل مسألة من هذه المسائل الثلاث فى فقرة مستقلة .

٦٣٩ - نفاذ الرهن العقاري في حق الغير - فهو قانوني : نصت

المادة ١١١٤ مدني على ما يأتي :

« يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا وقع الرهن الحيازى على عقار ، سمي رهنا عقارىاً . ٢ - ويشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن ، ويسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد للرهن الرسمي » . وعدلت لجنة المراجعة النص على الوجه الآتى : « ١ - يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي . ٢ - وحقوق الرهن الحيازى العقاري القائمة وقت العمل بهذا القانون ، يجب قيدها في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرقبة له ، أو في خلال سنة من وقت العمل بهذا القانون ، أى المدين أطول . ويترتب على إجراء العقود المذكور حفظ مرتبة الرهن من تاريخ تسجيل العقد المرتب له ، فإذا لم يتم قيد العقد في خلال المدة المتقدمة فلا يكون الرهن بعد انقضائها نافذا بالنسبة إلى الغير » . وأقرت لجنة المراجعة المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٢١٨ في المشروع النهائى . وأقر مجلس النواب المادة ، تحت رقم ١٢٠٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت لجنة الشريعة الثانية ، لورود حكمها في قانون الشهر العقارى . واقترح الاستثناء من الرهن في العقار اكتفاء بالرهن الرسمي ، وبما قال المقترح إنه إذا كانت الأوضاع في الماضى قد أوجبت وضع يد الدائن على العقار المرهون كوسيلة لمنع المدين من التصرف فيه ، فإنه بعد ظهور نظام التسجيل أصبح وحده كفيلاً بتحقيق هذا الغرض ، ولم يبق محل لعقد الرهن الحيازى في العقار . وقررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقترح ، مستندة في ذلك إلى اعتبارين أساسيين . أولهما أن الرهن الحيازى ينطوى على تيسير للمدين ، لأنه يتم بعقد صرفى ويتيح استهلاك الدين من طريق إلزام الدائن باستغلاله واستئصال الغلة من الدين . وثانيهما أن حرمان البيئة الريفية من نظام الرهن الحيازى في العقار ، بعد أن ألغته وبعد إلغاء بيع الوفاء ، سيفضى إلى إرغام صغار الملاك على البيع تحت سلطان الاضطرار لاسيما متى كانوا يملكون أقل من خمسة أفدنة .

واقترح حذف المواد من ١١١٤ إلى ١١١٦ الخاصة برهن الحيازة في العقار وتقرر هذا النوع من الرهن على المنقون ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن ثمة فارقاً جوهرياً بين صوير القانون المصرى لرهن الحيازة والتصوير الفرنسى له ، ففى حين أن الأول يجعل الأصل =

ومعروف أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

فإذا كان الرهن الحيازي واقعاً على عقار ، وجب أيضاً لنفاذه في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، أن يقيد عقد الرهن الحيازي .

وعقد الرهن الحيازي العقاري يقيد على الوجه الذي يقيد به عقد الرهن الرسمي وتتبع نفس الأحكام ، وقد تقدم بيان ذلك .

وبلاحظ أن المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري نصت على بيان خاص بالرهن الحيازي العقاري يجب أن تشمل قائمة قيد هذا الرهن ،

= هو وجوب استثمار الدائن للمرهون تيسيراً لاستيفاء الدين لا بجمل الأخير للدائن حقاً في الاستثمار ولا يرغبه عليه . وقد كانت وسائل الائتمان ممتدة من قبل ، لكانت الفاروقة قائمة في ظل نظام الأراضي الخراجية وألغيت الفاروقة تبعاً لزوال هذا النظام ، ثم شاع نظام بيع الوفاء ولكن إساءة استعمال هذا النظام حدت إلى إلغائه . والآن لم يعد في البيئة الريفية إلا رهن الحيازة ، ألفه الناس واستقر في تقاليدهم ، فإذا أُلغى كان من العسير أن يعتمد صفار انزراع على الرهن التأميني (الرسمي) وهم لم يأخوه بوصفه وسيلة من وسائل الصمان .

واستقر رأي اللجنة على عدم حذف الرهن الحيازي العقاري ، وأقرت مادة تحت رقم ١١١٤ ، ودافق مجلس الشيوخ على المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٣ - ص ٢٤٨) .

التقنين المدني السابق م ٥٥١ / ٦٧٥ : لا يضر رهن العقار بالحقوق المكتسبة عليه المحفوظة وبالوجه المرعى قبل تسجيل الرهن . وانظر أيضاً المادة الأولى من قانون التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١٠٦٣ : لا يمس الرهن بالحقوق المبنية المحرزة بطريقة قانونية على العقار قبل قيد الرهن في السجل العقاري .

التقنين المدني الليبي م ١١١٨ : يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير انتقال الحيازة أن يقيد مقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بتقيد الرهن بالاتفاق .

التقنين المدني المراق : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

وهو بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في عقد الرهن .

وفيما يتعلق بمحو القيد ، أضافت المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري حكماً خاصاً بحالة محو القيد الخاص بالرهن الحيازي العقاري وبحقوق الامتياز العقارية ، فقررت أنه يكفي لمحو قيد هذه الحقوق بإقرارات عرفية مصدق على التوقيع فيها ، إذ أن هذه الحقوق يجوز إنشاؤها بمحررات عرفية فلم تكن هناك حاجة إلى إيجاب التقرير الرسمي لمحو القيد الخاص بها .

والقيد لا يغني عن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، كما أن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن لا يغني عن القيد^(١) .

٦٤٠ - جوار إيجار الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن -

نص قانوني : نصت المادة ١٦١٥ - على ما يأتي :

« يجوز للدائن المرتهن للعقار^٢ يؤجر للعقار إلى الراهن ، دون أنه يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك في القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤثر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً^(٣) . »

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٤٢٩ ص ٤٦٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٦ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠) .

التقنين المدني السابق م ٥٤٠ / ٦٦٢ فقرة ثانية : وفي حالة الرهن العقاري ، يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون للمدين ، بشرط أن يكون الإيجار منصرماً عليه في عقد الرهن أو مؤشراً به في هامش تسجيل الرهن وذلك في حالة حصول الإيجار بعد الرهن . -

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي . في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« يجوز للمرتهن أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ
الرهن في حق الغير ، على أن يشهر الإيجار إما بذكره في القيد نفسه إذا
اتفق عليه عند الرهن ، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد
ذلك . ولا يكون تجديد التأشير ضرورياً ، إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً .
أما في رهن المنقول ، فخرج العين من يد المرتهن إلى الراهن ، بإيجار أو
غيره ، لا يبطل الرهن ، ولكن يجعله غير نافذ في حق الغير كما تقدم » (١) .
فيجوز إذن للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون لغير الراهن ،
وللراهن نفسه . فإذا ما أجره وسلمه للمستأجر ، اعتبر هو الحائز القانوني ،
ولا يخل الإيجار بنفاذ الرهن في حق الغير ما دام الدائن المرتهن هو الحائز
القانوني .

وإذا أجر الدائن المرتهن العقار المرهون للراهن ، فإنه يجب شهر الإيجار
في القيد . فإن تم الإيجار عند الرهن ، وجب ذكر ذلك في القيد ذاته .
وإن تم الإيجار بعد الرهن ، وجب أن يؤثر بالإيجار في هامش القيد .

= التقنيات المدققة العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١٠٦٩ : العقار المرهون الذي يعيره الدائن المرتهن إلى المدين أو يؤجره
منه يبقى مخصصاً لضمان وفاء الدين .

التقنين الليبي م ١١١٩ : يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن
يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك
في القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤثر به في هامش القيد ، إلا أن هذا
التأشير لا يكون ضرورياً إذا تجدد الإيجار تجديداً ضمناً .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني م ١١٥ : العقار المرهون الذي يعيره الدائن المرتهن إلى

المدين أو يؤجره منه يبقى مخصصاً لضمان وفاء الدين .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٢ .

وتجديد الإيجار تجديداً ضمنياً لإيجار جديد ، وكان الواجب التأشير به في هامش القيد ، لأنه لا يكون إلا بعد الرهن . ولكن القانون أعفى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديد الضمني بالتأشير به في هامش القيد . فإذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً ، فإنه يكتفى بشهر الإيجار الأصلي نفسه في القيد أو في هامش القيد ، ولا حاجة إلى التأشير بالتجديد الضمني .

٦٤١ - حفظ الرأى المرتهن للعقار المرهون ورفع ما على العقار من

ضرائب ونكاليف - نص قانونى : نصت المادة ١١١٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ - على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب ونكاليف ، على أن يستزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يحولها له القانون » .

« ٢ - ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تولى عن حق الرهن » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) .

التقنين المدنى السابق م ٥٥٢ / ٦٧٦ - ٦٧٧ : على الدائن الذى ارتهن العقارى أن يقوم بحفظه وأن يصرف المصاريف الضرورية اللازمة لصيانته ، مع أداء الموائد المترتبة عليه للحكومة . إنما له أن يستوفى ذلك من ريعه ، أو يستوفيه بالامتياز من ثمن العقار . ويجوز له فى جميع الأحوال أن يتخلص من عمل تلك الكلف ، بتركه حق الرهن .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٦٦ / ١ على الدائن أن يعنى بصيانة العقار المرهون ويأجراه للتسليلات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتسليلات أو أن يستوفىها بالأفضلية من ثمن العقار .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« تزيد التزامات مرتهن العقار بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار
من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل ذلك من الثمار أو من العقار ،
ويستطيع الراهن أن يتحلل من الالتزامات كلها بالتخلّى عن حق الرهن ،
وهذا صحيح فى العقار والمنقول » (١) .

ويتبين مما تقدم أن الدائن المرتهن لعقار ، يلتزم بحفظ هذا العقار
وصيانته ودفع المصروفات اللازمة لذلك . وهذا التزام عام ، يلتزم به
كل دائن مرتهن ، سواء لعقار أو لغير عقار ، وقد تقدم بيان ذلك .
ويلتزم الدائن المرتهن للعقار أيضاً بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار
من ضرائب وتكاليف ، فإن كان العقار أرضاً زراعية دفع المال ، وإن
كان بناء دفع العوايد ، ويدفع التكاليف أيضاً كأجر الحفر والضرائب
الموقّعة .

وله أن يرجع بكل ذلك إما على غلة العقار إن كانت ثمرية ، فإن كانت

= التقنين الليبي م ١١٢٠ : ١ - على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن
يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ،
على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى
المرتبة التى يخولها له القانون . ٢ - ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلّى
عن حق الرهن .

التقنين العراقى : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني م ١١٢ : على الدائن أن يمتنع بصيانة العقار المرهون ويأجرأ،
التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتنازل من الغلة جميع مصاريف الصيانة والتصلّحات
أو أن يستوفىها بالأفضلية من ثمن العقار . وله دائماً أن يرفع هذه الواجبات عن عاتقه بتخلّيه
عن حق الرهن .

لا تقي رجع على ثمن العقار نفسه ، واعتبر ذلك مضموناً بالرهن وفي نفس المرتبة .

على أن الدائن المرتهن عليه التزامات أخرى غير ما تقدم ، وقد أحصيناها وتكلمنا فيها تفصيلاً عند الكلام في التزامات الدائن المرتهن^(١) .
وهو ملتزم بكل هذه الالتزامات لأنه دائن مرتهن ؛ وبسبب ما له من حق الرهن .

فيستطيع أن يتخلص من كل هذه الالتزامات ، بما في ذلك الضرائب والتكاليف على العقار ، إذا هو تخلى (abandonner) عن حق الرهن وتركه دون مقابل ، فيتخلص المال ، عقاراً كان أو منقولاً ، مما يثقله من حق الرهن . وهذه قاعدة عامة ، تنطبق سواء كان المال المرهون عقاراً أو منقولاً أو ديناً .

المبحث الثاني

رهن المنقول

٦٤٢ — المواد الخاصة برهن المنقول : أورد المشرع ست مواد خاصة

برهن المنقول ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هي :

١ — م ١١١٧ وهي خاصة بنفاذ رهن المنقول في حق للغير ؛

٢ — م ١١١٨ وهي خاصة بسريان الآثار التي تترتب على حيازة

المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول .

٣ — م ١١١٩ وهي خاصة بطلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في

بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف أو انتقاص القيمة ، ونقل الرهن من

المنقول إلى ثمنه .

(١) آنفاً فقرة ٥٥٦ وما بعدها .

٤ - م ١١٢٠ وهى خاصة بطلب الراهن الترخيص له فى بيع المنقول كصفة راحة قبل حلول أجل الدين .

٥ - م ١١٢١ وهى خاصة بطلب الدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين . الترخيص فى بيع المنقول أو الأمر بتملكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء .

٦ - م ١١٢٢ وهى خاصة بوجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجارى وبيوت التسليف وأحوال خاصة فى رهن المنقول .

٦٤٣ - **تفاد رهن المنقول فى حق الغير - نص قانونى : نصت المادة ١١١٧ مدنى على ما يأتى :**

« يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ بين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٥٨ من المشروع التمهيدي لى الوجه الآتى : « رهن المنقول هو رهن الحيازة إذا وقع على شئ منقول . ٢ - ويشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ ، وبين فيها بياناً كافياً المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة ، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن » . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليها ، واستبدلت عبارة « وبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً » بعبارة « وبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة » . ووافقت اللجنة على المادة بمد تعديلها ، تحت رقم ١٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١٢٠٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٩ فقرة أولى / ٦٧٢ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين ، إلا إذا كان بسند فى تاريخ ثابت بوجه رسمى مشتمل على بيان المبلغ المضمون والمرهون .

التعديلات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٢٢ / ١ : إذا كانت قيمة المرهون يتجاوز مائة ليرة سورية ، =

وقد قدمنا أن انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حيازة ضرورى . حتى يكون رهن الحيازة سارياً في حق الغير .

وإلى جانب انتقال الحيازة . يجب أيضاً . حتى يكون رهن المتقول سارياً في حق الغير أن يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ . وهذا التاريخ الثابت هو الذى يحدد في أى وقت بحسب سريان الرهن بالنسبة إلى الغير ، أى يحدد مرتبة الدائن المرتهن . فإذا كان هناك دائنان مرتهنان للمتقول واحد ولكل منهما تاريخ ثابت ، فالأسبق في هذا التاريخ هو الذى يتقدم على المتأخر .

وبين في الورقة ثابتة التاريخ التى دون فيها عقد الرهن . المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة . بياناً كافياً .

وقد أوجب القانون . لنفاذ رهن المتقول في حق الغير ، تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ ، أى أن يكون العقد مكتوباً في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، وليس من الضرورى أن تكون ورقة رسمية^(١) . ولكن من الضرورى أن تكون هناك ورقة عرفية حتى في المسائل التى يجوز فيها الإثبات بالبينة . وأن تكون هذه الورقة العرفية ذات تاريخ ثبت .

والغرض من ذلك حماية الغير من الغش ، الذى قد يرتكب إضراراً به

== فلا يترتب الامتياز إلا إذا كان هناك سند محرر أمام مأمور رسمى أو سند عادى ثابت التاريخ يتضمن بيان مقدار الدين وتعيين فروع الأشياء المرهونة وماهيتها .

التقنين الليبى م ١١٢١ : يشترط لنفاذ رهن المتقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

التقنين العراقى : لا شئ .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شئ .

بتقديم تاريخ الرهن أو زيادة قيمة الدين أو إبدال الشيء المرهون^(١) .
ويصح أن يكون الاتفاق على الرهن محرراً في السند العرفي المقرر
للالتزام المضمون بالرهن^(٢) .

وإذا كان الالتزام غير محدد القيمة ، يجب على الأقل بيان حده
الأتصى .

والواجب بيان المبلغ المضمون ، فلا داعي لذكر تاريخ حلول الدين
أو تاريخ عقد الدين أو جنس الدين .

وإذا شمل الرهن جملة أشياء ، وبين بعضها دون بعض ، فالعقد يكون
نافذاً في حق الغير فيما يختص بما بين من هذه الأشياء دون ما لم يبين^(٣) .
والمحاكم هي التي تقدر ما إذا كان البيان كافياً أو غير كاف^(٤) .

٦٤٤ - سريانه الآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات

لحاملها على رهن المنقول - نص قانوني : نصت المادة ١١١٨ مدني
على ما يأتي :

١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية
والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول .

٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك

(١) محمد كامل مرمي فقرة ٣٥٣ ص ٤٧٨ - لوران فقرة ٤٨٤ - جيوار فقرة

٤٩ - بودري ودي لوان فقرة ٤٨ وفقرة ٥١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٢ هامش ٢٥ -
دي ملتس فقرة ٥٩ - جرانمولان فقرة ١٣٠ .

(٢) جيوار فقرة ٧٠ - بودري ودي لوان فقرة ٤٩ .

(٣) لوران فقرة ٤٥٥ - جيوار فقرة ٧٩ - بودري ودي لوان فقرة ٥٥ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٥٣ - دي ملتس فقرة ٦١ - محمد كامل مرمي فقرة ٦٠ ص
٤٧٩ - وقد قضت محكمة النقض بأن تدوين المقد في ورقة ثابتة التاريخ لا يسري على الرهن
التجاري (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٦٦ : مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٩٤
ص ٢٠٢٠) .

بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن» (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« حيازة منقول بحسن نية تعدل كثيراً من أحكام الرهن ، ويظهر ذلك بنوع خاص في أمرين : أولهما أن الدائن قد يرتهن المنقول من غير المالك وهو حسن النية ، فيرتب له حق الرهن ، لا بمقتضى العقد ، بل بمقتضى الحيازة . والأمر الثانى أن المنقول المرهون حيازة قد يرتب عليه حق عبنى آخر لحائز حسن النية ، فيقدم هذا الحق على حق المرتهن» (٢) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن رهن الحيازة في المنقول قد تتعارض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٩ من المشروع التمهيدى . وهذه لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٢٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

للتقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الدورى : لا شيء .

التقنين اللبى م ١١٢٢ : ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والذات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون المرتهن إنا كان حسن النية أن يملك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن .

التقنين الدراقى : لا شيء .

تقنين الملاكىة المقاربية اللبنانيى : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ .

أحكامه مع أحكام قاعدة قانونية أخرى ، وهي « الحيازة في المنقول سند الملكية » . ويظهر هذا التعارض من وجهين ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٨ مدني ما يأتي : « وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائر حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على انشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » .
ويتبين من ذلك أن هذين الوجهين هما :

١ - إذا كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون بأن كان لا يملك المنقول ورهنه على أنه هو المالك له ، أو كان الراهن لا أهلية له في رهن المنقول بأن كان صغيراً أو محجوراً عليه وزعم للمرهون له أنه بالغ سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان المرهون له حسن النية ، واعتقد أن الراهن مالك للمنقول المرهون أو أنه يملك رهنه لأنه بالغ غير محجور عليه ، فإن حق الرهن يترتب مع ذلك ، بالرغم من أن الراهن لا يستطيع أن يرتبه . وهو يترتب ، لا بعقد الرهن لأن هذا العقد صادر ممن لا يملك الرهن ، بل بقاعدة الحيازة في المنقول فإن المرهون له حسن نية فملك الرهن في المنقول بالحيازة .

٢ - إذا كان الراهن يملك رهن المنقول ورهنه ، وزعم المرهون له وهو حائر للمنقول أن هذا المنقول ملكه وباعه لشخص حسن النية ، فإن المنقول المرهون تنتقل ملكيته للمشتري ، لا بعقد البيع لأن المرهون له غير مالك فلا يستطيع أن ينقل الملكية بالبيع ، ولكن بالحيازة لأن المشتري وقت أن اشترى وحاز كان حسن النية والحيازة في المنقول سند الملكية . ويجوز أيضاً أن المرهون له لا يبيع المنقول ولكن يؤجره ، فيعتمد المستأجر على الظهور أمام الناس بأنه مالك للمنقول لا مستأجر إياه . ويبيع المنقول باعتباره مالكا إياه إلى مشتر حسن النية اعتقد أن المستأجر مالك وحائر المنقول

عند ذلك تنتقل ملكية هذا المنقول إلى المشتري . ولكن لا يعقد البيع لأن البيع صادر من مستأجر ، بل بالقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

٦٤٥ - طلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في بيع المنقول المرهون بالرهونك أو التلف وانتقال الرهن من المنقول إلى ثمنه - نص قانوني : المادة ١١١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله . جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . »
« ٢ - وينقل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٠ من المشروع التمهيدي . وعدله لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب بعد تعديله تعديلاً لفظياً ، تحت رقم ١٢٠٨ . ووافق عليه مجلس شورى ، تحت رقم ١١١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ٢٥١ - ص ٢٦٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١٠٤٠ : ١ - للراهن أيضاً أن يحتج بتعيب المرهون أو بنقص قيمته ، فيستصدر إذناً من القاضي في البيع . . . ٢ - ويمكنه إذا شاء أن يطلب رد المرهون لقاء تقديمه تأميناً آخر يراه القاضي كافياً .

التقنين الليبي م ١١٢٣ : ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقار اللبناني : لا شيء .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين . وهذا جائز
فى حالتين :

(أ) إذا دعت الضرورة إلى ذلك بأن كان المنقول مهدداً أن يصيبه
هلاك أو تلف أو نقص فى القيمة ، ولم يطلب الراهن أن يستبدل به شيئاً
آخر ، فيجوز للمرتهن أن يطلب الترخيص فى بيعه بالمزاد أو بسعره فى
البورصة أو السوق ، وينتقل حق الرهن إلى الثمن ، وينظر القاضى فى إبداءه
تقدي يودع فى مصرف أو عند الدائن .

(ب) (١)

ويتبين من ذلك أنه قد توجد حاجة إلى بيع الشيء المرهون قبل حلول
أجل الدين ، وقبل انقضاء الرهن . ويكون ذلك مثلاً بأن يكون الشيء
المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو بأن تنقص قيمته نقصاً كبيراً بحيث
يصبح بعد نقص قيمته غير كاف لضمان الدين كما كان يضمته من قبل .
وكان الراهن يستطيع فى هذه الحالة أن يطلب رد المنقول على أن يقدم بدلاً
منه تأميناً آخر ، فلم يفعل .

عند ذلك لا يجوز ترك المنقول المرهون معرضاً للهلاك أو التلف أو
نقص للقيمة ، وقد يهلك أو يتلف أو تنقص قيمته نقصاً كبيراً قبل أن
يحل الدين .

فأعطى القانون للدائن المرتهن ، وللراهن ، أن يطلب أى منهما الترخيص
له فى بيع المنقول ، قبل حلول أجل الدين ، إما بالمزاد العلنى ، أو بسعره
فى البورصة إن كان ورقاً مالياً ، أو بسعره فى السوق إن كان سلعة .

فإذا رخص القاضى فى بيع المنقول على هذا الوجه ، بعد التحقق من

الخطر الذى يتعرض له المتقول من عدم بيعه ، نظر القاضى عند الترخيص فى بيع المتقول أين يودع ثمنه حتى يحل أجل الدين ، فيتقاضى الدائن المرتهن الدين الذى له من الثمن :

أيودع الثمن فى أحد المصارف لحساب المرتهن والراهن ؟
أم يودع الثمن عند الدائن المرتهن ، حتى يتقاضى حقه منه عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن خزانة المحكمة ، حتى توزعه بين المرتهن والراهن عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن مكاناً آخر ؟

وفى جميع الأحوال ، متى بيع المتقول المرهون وتحول إلى ثمن ، حل الثمن حلولاً عينياً محل المتقول ، ومن ثم يتحول الرهن من المتقول إلى ثمنه .

٦٤٦ - طلب الراهن الترخيص له فى بيع المتقول كصفقة رابعة قبل

حلول أجل الدين - نص قانونى : نصت المادة ١١٢٠ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع فرصة رابعة ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٠٦١ من المشروع السورى . وأمرته لجنة المراجعة بعد أن أضافت عبارة « وكان البيع صفقة رابعة » ، تحت رقم ١٢٢٤ فى المشروع النهاى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٠ - ٢٦١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

للتقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤١ : ١ - إذا سعت فرصة موافقة لبيع المرهون ، فحق للراهن -

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« ويصل اليسر فى بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين ، وهذا جائز
فى حالتين :

(أ) :

(ب) إذا تحقق نفع من بيع المنقول ، بأن وجدت فرصة ملائمة
فيرخص القاضى فى البيع ، ويضع الشروط ، ويفصل فى إيداع الثمن^(١) .
ويتبين من النص سالف الذكر أنه يجوز بيع المنقول المرهون ، ولو
قبل حلول أجل الدين ، لا دفعاً لضرر كما فى الحالة السابقة (م ١١١٩
مدنى) ، بل جلباً لنفع .

فقد تعرض فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون يخشى أن تضيق ، كأن
يظهر راغب فى شراء المنقول بثمن عال ، وقد يكون ذلك قبل حلول
أجل الدين .

فإذا تروخى فى بيع المنقول ، فقد تضيق هذه الفرصة ، وقد لا تتجدد :
لذلك أعطى القانون للراهن وحده ، دون المرتهن ، الحق فى أن يطلب
من القاضى أن يرخص له فى بيع المنقول المرهون ، ولو كان ذلك قبل
حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، حتى يستطيع الراهن أن ينتفع بهذه
الفرصة الطيبة .

= أن يطلب من القاضى ترخيصاً فى البيع . ٢ - وإذا منح القاضى هذا الترخيص ، قرر شروط
البيع وإيداع الثمن .

التقنين الدينى م ١١٢٤ : يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشئ المرهون وكان
البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع هذا الشئ ، ولو كان ذلك قبل
حلول أجل الدين ، ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن .
التقنين للعراق : لا شئ .

تقنين الملكية المقاربية اللباني : لا شئ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

وعند ذلك ينظر القاضى فى هذا الطلب ، فإذا تحقق من أن هذه فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون ، رخص للراهن فى البيع ، وفصل مع الترخيص فى البيع فى أمرين : (١) تحديد شروط البيع ، فقد يحدد شروطاً للبيع تجعله مجزياً ومحققاً للفرصة الطيبة . (٢) الفصل فى أمر إيداع الثمن ، وبخاصة إذا كان البيع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فقد يجعل إيداعه عند الدائن المرتهن أو فى خزانة المحكمة أو فى أحد المصارف .

وبديهي أنه عند بيع المنقول وقبض الثمن ، يتحول الرهن من المنقول إلى ثمنه الذى حل محله حلولا عينياً .

٦٤٧ - طلب الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين الترخيص له فى بيع المنقول أو الأمر بتمليكك إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء - نص قانونى : نصت المادة ١١٢١ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للدائن المرتهن ، إذا لم يتخوف حقه ، أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » .

« ٢ - ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكك الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٢ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الدورى م ١٠٤٣ : ١ - تدائن منه عدم الإيفاء أن يطلب من القاضى ترخيصاً فى بيع المرهون ، إما بالمزاد العلنى أو بسعر البورصة أو السوق إذا وجدنا . ٢ - وله أيضاً =

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« المنقول المرهون حيازة بيعه في الدين أبسر من بيع العقار . إذ يجوز
للمرتهن أن يطلب بيع المنقول بسعره في البورصة أو في السوق ،
فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبرى . بل يجوز له دون رضا الراهن أن
يطلب من القاضى تملكه المنقول وفاء للدين ، على أن تحسب قيمته حسب
تقدير القضاء . وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، وقد تقدم أنه
يجوز بعد حلول الدين بشرط رضا الراهن ، أما في المنقول فرضاء الراهن
غير ضرورى وللقاضى أن يأمر بالتملك » (١) .

وظاهر من النص سالف الذكر أننا قد وصلنا إلى آخر الشرط ، وأن
الدين المضمون بالرهن قد حل أجله ، وأن الدائن المرتهن لم يستوفه ، وأنه
يسعى الآن لاستيفاء الدين الذى له ولو ببيع المنقول المرهون .
فإذا وصلنا إلى هذا الحد ، فإنه يجوز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى
الترخيص له فى بيع المنقول .

وهذه إجراءات تختلف بعض الشيء عن إجراءات التنفيذ الجبرى ،

= أن يطلب من القاضى إصدار أمر باستيفاء المرهون له ، لإيفائه بقدر دينه بناء على تخمين الخبراء .
٣ - ويتبع باطلا كل اتفاق يميز للدائن أن يتملك المرهون أو يتصرف فيه بدون إجراء المعاملات
المتقدم ذكرها .

التقنين اليابى م ١١٢٥ : ١ - يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من
القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .
٢ - ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب
عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء .

التقنين العراقى : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبنانى : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

لأن المنقول المرهون قد تتبع فيه إجراءات أخف من الإجراءات التي تتبع في التنفيذ الجبري على العقار .

فيجوز للدائن المرتهن أولاً أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المنقول المرهون بالمزاد العلني . فإذا أذن له في ذلك ، باعه بالمزاد العلني ، وتقاضي الدين الذي له من الثمن .

ويجوز للدائن المرتهن ثانياً أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المنقول المرهون ، لا بالمزاد العلني ، بل بيعاً ودياً بسعر المنقول في البورصة أو في السوق ، إن كان الشيء المرهون ورقاً مالياً أو سلعاً . فإذا رخص له القاضي في البيع على هذا النحو ، تقاضي الدائن المرتهن الدين الذي له من الثمن الذي قبضه ، ورد الباقي إلى الراهن .

ويجوز للدائن المرتهن ثالثاً أن يطلب من القاضي تملكه المنقول المرهون وفاء للدين ، على أن يحسب ثمن المنقول بحسب تقدير الخبراء وقت البيع ، فإن بقي في ذمته شيء من الثمن بعد استيفائه الدين الذي له دفعه إلى الراهن ، ويلاحظ أن هذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء في صورته المحللة ، وهي بعد حلول الدين المضمون بالرهن ، ولا يشترط في المنقول رضا الراهن ، ويكفي ترخيص القاضي في تملك المنقول للدائن المرتهن وهذا الترخيص من القاضي يقوم مقام رضا الراهن .

وفي أية طريقة من هذه الطرق الثلاث ، يحصل الدائن المرتهن على ثمن المنقول ، فإن بقي من هذا الثمن شيء يزيد على حق الدائن المرتهن ، دفعه الدائن المرتهن إلى الراهن .

٦٤٨ - وجوب عدم التعارض مع الأنظمة الخاصة بالرهن التجاري

وبيوت السليف وأموال خاصة في رهن المنقول - نص قانوني : نصت

المادة ١١٢٢ مدني على ما يأتي :

« تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول (١) » .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« هناك أحكام خاصة برهن المنقول فى حالات معينة ، أهمها الأحكام المتعلقة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن والأحكام المتعلقة بالرهن التجارى » (٢) .

والنص السالف الذكر يلفت النظر إلى أن الأحكام المتقدمة فى رهن المنقول يجب عدم العمل بها إذا تعارضت مع أحكام الرهن التجارى أو مع أحكام بيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، والأحكام المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شئ .

التقنين الليبى م ١١٢٦ : تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام أحكام القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول .

التقنين العراقى : لا شئ .

تنشئين الملكية المقاربية البنائى : لا شئ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

وهذه هي إما قوانين تجارية لا شأن لنا بها هنا ، أو أحكام خاصة برهن المنقول .

ونذكر على سبيل المثال الأمر العالى بشأن البيوت المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات والصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، والقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالرهن الحيازى الذى يعقد لئلك التسليف الزراعى المصرى .

أما قانون ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، فتقضى المادة الأولى منه بأنه لا يجوز إنشاء بيت مالى لتسليف النقود على رهونات إلا بإذن الحكومة ، إلا ما استثناءه هذا القانون . وتقضى المادة ٢ بأن تصدر الرخصة من نظارة الداخلية ، وتقضى المادة ٤ بأنه عند تسليم النقود إلى المسلف يعطى له وصل يشتمل على بيانات معينة ، وتقضى المادة ٦ أن تكون السلفيات لمدة ثلاثة شهور أو ستة شهور ويجوز تجديدها باتفاق المسالف والمسلف ، وتقضى المادة ٧ بأنه فى حالة عدم الدفع عند حلول الميعاد تباع الأشياء المرهونة طبقاً للقواعد المقررة فى القانون بخصوص الرهن التجارى ، وتقضى المادة ٨ بأنه إذا زاد المبلغ المتحصل من البيع على المستحق على المسلف من رأس مال وفوائد وعوائد حفظ ومصاريف بيع فتحتفظ الزيادة تحت طلبه مدة ثلاث سنوات بدون فائدة فإذا لم يطبها فى الميعاد المذكور صارت حقاً للمسلف .

وأما قانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ ، فتقضى المادة الأولى منه بأن يكون الرهن الزراعى (gage agricole) الذى يعقد لئلك التسليف الزراعى المصرى صحيحاً ولو لم يكن للمكتوب الذى يدون فيه العقد تاريخ ثابت ، ويكون الرهن صحيحاً ولو بقيت الحاصلات الزراعية المرتهنة لصالح البنك فى مخازن مدينه الخاصة ، وإنما يشترط أن تختم أبواب تلك المخازن بالشمع وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح يثبت فيها اسم البنك .

المبحث الثالث

رهن الدين

٦٤٩ - المواد الخاصة برهن الدين : أورد المشرع سبع مواد خاصة برهن الدين ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هي :

١ - م ١١٢٣ وهي خاصة بنفاذ رهن الدين في حق المدين وفي حق الغير :

٢ - م ١١٢٤ وهي خاصة برهن السندات الإسمية والسندات الإذنية .

٣ - م ١١٢٥ وهي خاصة بعدم جواز رهن الدين غير التنازل للحوالة أو للحجز .

٤ - م ١١٢٦ وهي خاصة بحقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين .

٥ - م ١١٢٧ وهي خاصة بدفع المدين في الدين المرهون .

٦ - م ١١٢٨ وهي خاصة بحلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن .

٧ - م ١١٢٩ وهي خاصة بحلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون لبارهن .

٦٥٠ - تقاذرهن الدين في حق المدين وفي حق الغير - نص قانوني :

وقد نصت المادة ١١٢٣ ملني على ما يأتي :

١ - لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه ، أو بقبوله له ، وفقاً للمادة ٣٠٥ .

٢ - ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين

المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول^(١) .
وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« يقع الرهن الحيازى على الدين باعتباره منقولاً ، غير أن الرهن فى هذه الحالة تتحول بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين . فمن ناحية انعقاد الرهن وتنفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراشئ والمرتهن ، ولكنه لا ينفذ فى حق المدين للراهن إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر فى حوالة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٦٤ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

التقنين المدنى السابق م ٥٤٩ / ٦٧٣ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كن بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى يشتمل على بيان المبالغ المرهون عليه وبيان الشيء المرهون بيانه كافياً ، ويحصل رهن الدين بتسليم سند ورضا المدين كالمقرر فى المادة ٢٤٩ فيما يتعلق بالحوالة بالدين ، وكل هذا مع عدم الإخلال بالأمور المقررة فى التجارة .
التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١٠٤٧ : ١ - لا يترتب الامتياز على الدين المقدم تأميناً إلا إذا أبلغ المدين إنشاء الرهن أو رضى به فى سند ثابت التاريخ . ٢ - ٣ - وإذا كان الدين المقدم تأميناً يجاوز مائة ليرة سورية ، فإن الامتياز لا يترتب إلا إذا كان الرهن مثبتاً بسند رسمى أو بسند حائى ثابت التاريخ .

التقنين الليبى م ١١٢٧ : لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٢٩٢ . ٢ - ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بمجازة المرتهن سند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول .

التقنين المراقى م ١٣٥٤ : لا يكون رهن الدين تاماً إلا بمجازة المرتهن لسند الدين المرهون ، ولا يكون نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه . وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شئ .

الدين . ولا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين ، ويكون ذلك بحيازة سند الدين . وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول وتعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتجرى عليها أحكام هذه المنقولات « (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن رهن الدين يجب أن يكون نافذاً في حق المدين في الدين المرهون ، ويكون ذلك بإعلان الرهن إليه أو بقبوله إياه كما في حوالة الدين . ويكون الإعلان أو للقبول تاريخ ثابت ، إذ هذا التاريخ الثابت يحدد للرهن مرتبته .

ويجب أيضاً أن يكون نافذاً في حق الغير ، ويكون ذلك بحيازة الدائن المرتهن لسند الدين ، فالدين غير المكتوب في سند لا يجوز رهنه . وتعتبر السندات لحاملها بمثابة المنقولات المادية ، فتداولها يحصل بتسليمها فلا يشترط في رهنها شرط غير تسليم السند (٢) . وعلى ذلك يجب ، لتنفيذ رهنها في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الحق المسمون بالرهن والمال المرهون بياناً كافياً (م ١١١٧) (٣) .

٦٥١ - رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية - نص قانوني :

وقد نصت المادة ١١٢٤ مدني على ما يأتي :

« السندات الاسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٦٤ - جوسران ٢ فقرة ٢٦ : ١ - دي هلتس فقرة ٤٥ -

جرانمولان فقرة ١٤٢ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٣٦١ .

سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان»^(١).

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي . في خصوص هذا النص ما يأتي :

« أما في السندات الإسمية والسندات الإذنية ، فإن الرهن يتم بالطريقة الخاصة لحالة هذه السندات . أي بالقيود في سجلات الشركة لسندات الإسمية والتظهير للسندات الإذنية . على أن يذكر أن الحالة تمت على سبيل الرهن »^(٢) .

والنص السالف الذكر يتكلم في رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية ، فيجعل رهنها كحوالتها بالقيود في سجلات الشركة في السندات الاسمية وبالتظهير في السندات الإذنية ، على أن يذكر . في الحالتين أن الحالة قد تمت على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١٠٤٧ / ٢ : أما الأستاد الرسمية أو المخدرة « لأمر » ، فإن رهنها يتم على طريقة النقل الخاص المعين في قانون التجارة ، مع إيضاح مفاده أن النقل أجرى على سبيل التأمين ولا يحتاج إلى إبلاغ .

التقنين الليبي م ١١٢٨ : السندات الاسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحالة هذه السندات ، حل أن يذكر أن الحالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان .

التقنين العراقي م ١٣٥٥ : السندات الاسمية والسندات لأمر يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحالة هذه السندات ، حل أن يذكر أن الحالة قد تمت على سبيل الرهن . وينفذ الرهن دون حاجة إلى إعلان .

تقنين الملكية المقارنة اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

سبيل الرهن . فيتم الرهن بذلك ، دون حاجة إلى إعلان المدين في هذه السندات بالرهن .

٦٥٢ - - عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز - نص

قانوني : وقد نصت المادة ١١٢٥ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه » (١) .
وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« يشترط في الدين حتى يمكن رهنه أن يكون قابلاً للحوالة وللحجز ،
فلا يجوز الرهن في دين النفقة ولا المعاش ولا الديون الأخرى التي لا يجوز
الحجز عليها » (٢) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الدين حتى يجوز رهنه يجب أن
يكون قابلاً للحجز عليه ولحوالته ، حتى يمكن التنفيذ عليه إذا ما رهن .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٦ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٠ - ٢٧٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي م ١١٢٩ : إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز أو للرهن الاستحقاق ، فلا يجوز رهنه .

التقنين العراقي م ١٣٥٥ مكررة : إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ،

فلا يجوز رهنه .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

فالدين غير القابل للحجز عليه ، أو غير القابل للحوالة ، لا يجوز رهنه .
وعلى ذلك لا يكون جائزاً رهنه دين النفقة ولا دين المعاش ، لأن هذين
الدينين لا يجوز الحجز عليهما .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نص المادة ١٥٦٧ ، وكانت تجرى
على الوجه الآتى : « الدين المرهون لا يجوز أن يتقضى بالاتفاق إلا إذا قبل
الدائن المرتهن ، وكذلك الأمر فى كل تعديل يتناول هذا الدين ويكون من
شأنه أن يضر بحق الرهن » . فالاتفاق على انقضاء الدين المرهون ، والنزول
عنه ، وتخفيض قيمته بحيث يصبح أقل من الدين المضمون بالرهن ، كل
هذا لا يجوز إلا بقبول الدائن المرتهن . وهذا الحكم واضح وتجليه القواعد
العامة ، لذلك لما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة اكتفاء
بالقواعد العامة .

ومما جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص
المحذوف ، ما يأتى : « ويخالف الضمان (ضمان الرهن للدين) أن ينهى
الراهن الدين المرهون بدون موافقة المرتهن ، كأن يبرئ المدين أو يحدد
الدين أو يدخل أى تعديل فيه من شأنه أن يضر بحقوق المرتهن كأن يتنازل
عن الفوائد أو ينقص منها أو يمد الأجل أو يتنازل عن رهن يضمن الدين
المرهون » (١) .

٦٥٣ — حقوق والتزامات الرائن المرتهن للمدين — نص قانونى : وقد

نصت المادة ١١٢٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون
والتي تحمل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الامتحقاقات الدورية
التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد
ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » .

٢٥ - ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك» (١) .

(١) تاريخ النص . ورد هذا النص في المادة ١٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤) .

التفتين المدنى السابق : لا مقابل .

التفتينات المدنية العربية للعربية الأخرى :

التفتين السورى م ١٠٤٨ : ١ - من ارتهن ديناً يلزمه أن يستوفى الفوائد وسائر التكاليف الموقته التى تخص هذا الدين وتستحق في أثناء مدة الرهن ، على أن يخصم أولاً من الفقات ثم من الفوائد ثم من رأس المال المؤمن عليه .

٢ - ويجب على الدائن أيضاً صيانة الدين المقدم تأمينا .

التفتين الليبي م ١١٣٠ : ١ - للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة من الدين المرهون وأتى محل بعد الرهن ، وكذلك كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ - ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك .

التفتين العراقي م ١٣٥٧ : ١ - للمرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون وأتى محل بعد الرهن ، وأنه أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من الدين الموثق بالرهن وفقاً للأحكام الواردة في المادة ١٣٤٠ . ٢ - ويلتزم المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، فعليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المحددين للاستيفاء أن يبادر بإعلان الراهن بذلك .

تفتين الملكية المقاربية البناني : لا شئ .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

«التزامات الراهن والمرتهن في رهن الدين هي نفس التزاماتها في رهن الأشياء الأخرى . فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتب حق الرهن ، وأن يضمنه . . . ويلزم المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع التقادم ، ويقيد رهناً يضمن الدين المرهون ويجدد القيد ، ويقتضي الدين في الزمان والمكان المحددين ويبادر بإخطار الراهن بذلك . والمرتهن أن يقبض غلة الدين ، فيستولي على الفوائد التي تحل بعد الرهن وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، ويخصم ذلك مما هو مستحق له بالترتيب الذي تقدم ذكره . ويلزم المرتهن أيضاً برد الدين (أو سنده إذا كان لم يحل بعد استيفاء حقه) (١) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن على الراهن والمرتهن ، في رهن الدين ، نفس الالتزامات التي على الراهن والمرتهن في الأشياء الأخرى . فعلى الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتب حق الرهن وأن يضمنه . وعلى المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع تقادمه . وأن يقتضي الدين في الزمان والمكان المحددين وأن يبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

وإذا كانت هناك فوائد أو استحقاقات دورية مستحقة على الدين ، بادر الدائن المرتهن إلى الاستيلاء عليها ، وخصمها من المصروفات . ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين الذي له ، ما لم يتفق على غير ذلك . ثم على الدائن المرتهن أن يحافظ على الدين المرهون . وإذا كان له أن يقتضي منه شيئاً اقتضاه في الزمان والمكان المحددين ، وبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

٦٥٤ - دَفْعُ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ الْمَرْهُونِ - نص قانوني : ونصت المادة

١١٢٧ مدني على ما يأتي :

« يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له قبل دائه الأصلي ، كل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل الحال إليه » (١) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

١٥ - للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن . فلو كان العقد الذى نشأ عنه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٩ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ١٢٣١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٧ (مجموعة الأعمال التشريعية ٧ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٧) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين - سوري م ١٠٥٢ : للمدين بالدين المتقدم تأمينا أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المختصة بصحة الدين ، وبأوجه الدفع التى يحق له التمسك بها قبل دائه الخاص بقدر ما يدين أن يتمسك بها قبل شخص متفرغ له .

التقنين - الليبي م ١١٣١ : يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التى تكون له هو قبل دائه الأصل ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل الحال إليه .

التقنين العراقي م ١٣٥٨ : يجوز للمدين بالدين المرهون أن يتمسك تجاه المرتهن بأوجه الدفع التى تكون له تجاه دائه الأصل ، وكذلك بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الدين الموثق بالرهن ، وكل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع تجاه الحال له .

تقنين الشكبة العقارية اللبناني : لا شيء .

هذا الحق باطلاً كان الرهن باطلاً كذلك ، وللمدين أن يتمسك بالبطلان قبل الدائن المرتهن . وكذلك لو كان هذا الحق قد انقضى بأي سبب من أسباب انقضاء الحقوق ، فللمدين أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأن الحق المضمون بالرهن نفسه قد انقضى تبعاً لانقضاء الحق . وهذا تطبيق للقاعدة التي تقضي بأن المدين في الحوالة يجوز له أن يحتج بالدفع الخاصة بالمحال إليه وحده (م ٤٣٩ من المشروع) .

٢ - وللمدين في الدين المرهون كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع التي له قبل الدائن الأصلي . فلو كان العقد الذي نشأ عنه الدين المرهون باطلاً ، كان للمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي . وكذلك لو كان الدين المرهون قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بالانقضاء قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي . وهذا أيضاً تطبيق للقاعدة التي تقضي بأن المدين في الحوالة يجوز أن يحتج على المحال إليه بالدفع التي له - وقت نفاذ الحوالة في حقه - أن يحتج بها على المدين (م ٤٣٩ من المشروع) « (١) .

ويؤخذ من كل ذلك أن المدين في الدين المرهون به أن يتمسك بدفعين من الدفع :
 ١ - الدفع المتعلقة بالحق المضمون بالرهن ، فلو كان هذا الحق قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

٢ - الدفع المتعلقة بالدين المرهون نفسه ، فلو كان هذا الدين قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

٦٥٥ - ملول الدين المرهون قبل ملول الدين المضمون بالرهن -

نهي قانوني : وقد نصت المادة ١١٢٨ مدني على ما يأتي :

(١) مجموعة لأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٦

١ - إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه . وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

٢ - وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« إذا حل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون ، فلا يقبض إلا الراهن والمرتهن معاً ، ولا يجوز للمرتهن أن يستغل بقبضه الحيازة لأن الحيازة لا تثبت إلا على دين فى الذمة » ويجوز لأى منهما أن يطلب من المدين أن يودع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٠ من المشروع التمهيدى . وحدته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه تحت رقم ١٢٣٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى : لا شيء .

التقنين الليبى م ١١٣٢ : ١ - إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه . ٢ - وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن .

التقنين العراقى م ١٣٥٩ : ١ - إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه عن عدل وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . ٢ - وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه الدين ، وأن يكون ذلك على أفيد الوجوه للراهن دون أن يكون ضرر المرتهن .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

ما يؤديه عند أمين يتفقان عليه ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . فإن كان المودع مبلغاً من النقود ، وجب أن يتعاون الراهن والمرتهن في استغلاله على خير وجه ، دون أن يكون في ذلك ضرر بالدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة يصعب معها أن يصنى في الوقت الملائم لهذا الدائن . فإذا روى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، وجب على الراهن أن ينشئ رهنًا جديداً على هذه العين لمصلحة المرتهن « (١) » ،

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا حل الدين المرهون ولم يحل الدين المضمون بالرهن ، فإن وفاء الدين المرهون يجب أن يكون للراهن والمرتهن معاً ، لأن الراهن هو صاحب الدين والمرتهن له حق رهن حيازة فيه .

ولكل من الراهن والمرتهن أن يطلب من المدين إيداع الدين ، إما في خزانة المحكمة أو في مصرف أو عند أمين يتفق عليه الراهن والمرتهن ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

وعلى الراهن والمرتهن أن يتعاونوا على استغلال المبلغ الذي أداه المدين ، على خير وجه نافع للراهن ، دون أن يكون في ذلك ضرر بالمرتهن . فإذا روى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، اشترت العين ملكاً للراهن ، وبأدر الراهن إلى رهن هذه العين إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، ويتبين هكذا ، أحدهما يملك عيناً ، والآخر يرتبها ، إلى أن يصفيا مركزيهما عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن .

٦٥٦ — حلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن —

نص قانوني : وقد نصت ١١٢٩ مدني على ما يأتي :

« إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء . جاز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

المرهون ما يكون مستحقاً له ، أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية « (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« وإذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون ، فالمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين ، أو أن يبيعه ، أو أن يملكه طبقاً للمادة ١٥٦٢ « (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « ١ - إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون بالرهن ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يتولى اقتضاء الدين المرهون ، على أن يبيعه ، أو أن يملكه وفقاً للمادة ١٥٦٢ / ٢ . ٢ - فإذا كان الدين المرهون مبلغاً من النقود ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يقتضى منه إلا بقدر ما يكون باقياً من حقه المضمون بالرهن ، ويصير المدين فى الدين المرهون قد وفى من دينه القدر الذى اقتضاء منه الدائن المرتهن « . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية وعدلت الفقرة الأولى تعديلاً لفظياً حتى صارت مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليها تحت رقم ١٢٢٣ . فى المشروع النهائى . ووافق على النص مجلس النواب تحت رقم ١٢١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٩ - ص ٢٨١) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين للسورى م ١٠٤٩ : على الدائن المرتهن أيضاً أن يستوفى الدين المقدم تأدينا عند استحقاقه ، ويرد إلى الراهن عند الاقتضاء الفرق الزائد بين المبالغ الذى قبضه والمبلغ المترتب له .

التقنين الليبي م ١١٣٣ : إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢٥ الفقرة الثانية .

التقنين العراقى م ١٣٦٠ : إذا أصبح الدين المرهون والدين الموثوق بالرهن مستحق الأداء ، جاز للمرتهن إذا لم يستوف حقه أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو يطلب من المحكمة بيعه أو تملكه بقيمته بعد خصم المستحق له .

تقنين الملكية المقاربية اللبناني : لا شئ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

ويتبين من النص صالف الذكر أنه إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه من الراهن ، فقد أصبح حقه والدين المرهون ، كل منهما ، مستحق الأداء ، فيستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي حقه بأحد الوجوه الثلاثة الآتية :

١ - يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، هذا إذا كان المستحق له والدين المرهون من جنس واحد .

٢ - فإن لم يكونا من جنس واحد ، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع الدين المرهون ، حتى يستوفي حقه من ثمنه .

٣ - أو يطلب تملك الدين المرهون وفقاً للمادة ٢/١١٢١ ، على أن يحسب عليه بحسب تقدير الخبراء . وقد نصت المادة ٢/١١٢١ على ما يأتي :

« ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء » .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

تمهيد

٦٥٧ - تعريف من الامتياز - نص قانوني : نصت المادة ١١٣٠ مدني على ما يأتي :

- ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته .
- ٢ - ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٢ من المشروع التمهيدى . وأقرتها لجنة المراجعة بعد استبدال عبارة « مراعاة منه لسيبه » بعبارة « معتبرا في ذلك طبيعة هذا الحق » الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ١٢٣٤ في المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، تحت رقم ١٢١٩ واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ في الفقرة الأولى بكلمة « لسيبه » كلمة « لصفته » إيثارا للاصطلاح الذي جرى عليه الفقه والقضاء في بناء الامتياز على صفة الدين ، وأصبح رقم المادة ١١٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٠٩ : ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ - ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين الليبي م ١١٣٤ : ١ - الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ - ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين العراقي م ١٣٦١ : ١ - الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين . ولا يكون لدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن ، وذلك
لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق ، والقانون هو الذى يتولى تعيين الحقوق
التي تقتضى طبيعتها أن تكون منازعة ، كما يعين مرتبة هذا الامتياز »^(١) ،
ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الامتياز هو تقديم الحق الممتاز على
سائر الحقوق الأخرى التي يتقدمها هذا الحق ، ويقرر هذا التقدم نص فى
القانون مراعيًا فى ذلك صفة الحق المتقدم .

فالقانون اختار بعض الحقوق ، مراعيًا فى ذلك صفتها ، وجعلها حقوقًا
ممنازة ، ونص على ذلك . وسبب امتياز هذه الحقوق يختلف باختلاف الحق ،
فمنها ما يقدمه هذا الحق من خدمة أداها من عجل الحق لمصلحة الدائنين
الآخرين كما فى المصروفات القضائية ، ومنها ما هو مبنى على اعتبارات
إنسانية كامتياز أجور الخدم والعامل والكسبة لأن هذه الأجور ضرورية لمعيشة
الدائنين بها ، ومنها ما هو مبنى على فكرة الرهن الضمنى كما فى امتياز
المؤجر وصاحب الفندق على أمتعة المتأجر وتربيل الفندق ، ومنها ما هو
مبنى على فكرة أن الدائن هو الذى أدخل الشيء فى ملك المدين كبناع العقار
والمنقول وأجر المقاولين والمهندسين والمعماريين ، ومنها ما هو مبنى على
اعتبارات أخرى غير ذلك .

والقانون وحده هو الذى يتولى تعيين هذه الحقوق الممتازة ويعين مرتبة
الامتياز ، فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون . ومن ثم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ .

(٢) استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٤ - بيدان وفواران

فقرة ٣١٦ .

وقد قصت حكمة النقص بأنه لما كان حق الامتياز هو من التأسيات العينية ولا يقرر إلا
بمقتضى فى القانون ، وكان القانون لم يرتب مبانع فى حانة بقائه مستمعا بالمقدار المبيع أو غيره . -

لا يجوز للطرفين أن ينشئا امتيازاً بإرادتهما في غير الحالات التي يقررها القانون^(١) ، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الدين ممتازاً إذا كان القانون لا يجعله كذلك^(٢) . وقد قضى بأن الامتياز حق استثنائي لا يقاس عليه ، ولم ينص القانون على امتياز في عقد المقايضة كما نص على الامتياز في عقدى البيع والقسمة^(٣) . وقضى بأن حقوق الامتياز مستمدة من القانون ، فلا يجوز التوسع في تأويلها ولا القياس عليها ولا خلق امتياز لم يقرره القانون ، إذ لا امتياز إلا ينص^(٤) .

والقانون يقرر الامتياز مراعاة لصفة الحق ، لا لأنه صفة في الدائن . وينبنى على ذلك أن الدين يظل ممتازاً ، ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلي بناء على حوالة أو وفاء مع الحلول^(٥) .

وقد قرر القانون أكثر حقوق الامتياز في الباب الذي نحن فيه (الباب الرابع من الكتاب الرابع) . ولكن توجد حقوق امتياز أخرى قررها القانون في أماكن أخرى وإلى ذلك تشير المادة ١١٣٧ مدني حين تقول : « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة

= من بصفته متاجراً أي امتياز على الدين المبيعة ، فإن الحكم المضمون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ اعتبر احتفاظ البائع في عقد البيع بحقه في الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من حقوق الامتياز التي خولها له القانون (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والمشرين حاما ١ ص ٢٩٥ رقم ٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الامتياز لا يقرر إلا بمقتضى نص في القانون ، فاشتراط المتاعد امتيازاً لحقه في التمريض لا يعتد به (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) .

(١) استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ - ولكن يجوز أن يتفق الدائنون على أن يتقدمهم أحدهم كالحامي (انظر نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٥ ص ١١٠٩) .

(٢) الإسكندرية الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ التشريع والقضاء ٤ رقم ٢٨ ص ١٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٦ ص ٥٢٣ .

(٤) الإسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٤٣ ص ٧٨ .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٩ - محمد حل إمام ص ٥٦٤ .

بنصوص خاصة . من ذلك امتياز المقارل من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في فمة رب العمل (م ٦٦٢ مدني) ، وامتياز المقروض التي بمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحدة . أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته (م ١/٨٦٩ مدني) ، وامتياز عمقات تسوية التركة (م ٢/٨٨٠ مدني) ، وامتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسله أو المسلمة إليه أو المودعة عنده من أجل المبالغ المطلوبة له من عميله (م ٨٥ تجاري) ، وامتياز أتعاب المحامي (م ٥٠ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧) ، وامتياز نفقات تجهيز الميت (م ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث) ، وامتياز التعويض عن إصابات العمل (م ٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإصابات العمل) ، وامتياز الجمعيات التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قبل أعضائها نتيجة لتعاملهم معها في حدود الأغراض المبينة في القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ أو في نظامها (م ٢٥ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ : حق امتياز عام على أموال الأعضاء ينحى في الترتيب مع امتياز المبالغ المنصرفة في البذور والسهاد وآلات الزراعة) .

٦٥٨ - اختلف من امتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية :

ويختلف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي والاختصاص والرهن الحيازي) في أمرين جوهريين :

١ - حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص في القانون ، فما لم يوجد نص لا يوجد امتياز . فلا يتقرر لا باتفاق ، ولا بحكم القاضي ، كما سبق أن قررنا .

أما الحقوق التبعية الأخرى ، فمنها ما يتقرر بالاتفاق أى بالعقد كالرهن الرسمي يتقرر بالعقد الرسمي للرهن و كالرهن الحيازي يتقرر بعقد رهن الحيازة ، ومنها ما يتقرر بأمر القاضي كالاختصاص ولا يوجد حق عيني تبعية ، غير حق الامتياز ، يتقرر وتتقرر مرتبته بنص في القانون .

٢ - وحق الامتياز يختلف أيضاً عن الحقوق العينية الأخرى في أن الممتاز في حق الامتياز هو الحق لا الدائن .

أما في الحقوق العينية التبعية الأخرى ، فالممتاز هو الدائن لا الحق . ففي الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، الدائن الذي يتفق مع مدينه على رهن رسمي أو رهن حيازي هو الذي ممتاز ، لا لصفة في الدين فأى دين يمكن ضمانه برهن رسمي أو رهن حيازي ، بل لأن الدائن اتفق مع مدينه على الرهن . وفي الاختصاص أيضاً ، الممتاز هو الدائن لا الحق . فأى حق يمكن ضمانه باختصاص ، ولكن الدائن في الاختصاص هو الذي تقدم على الدائنين المتأخرين عنه لشخصه ولأنه حصل على حق اختصاص ، لا لصفة في الدين .

وذلك بخلاف حق الامتياز كما قدمنا ، فالممتاز فيه هو الحق لصفة لاصقة له ، لا الدائن . فأى حق توافرت فيه صفة يرعاها القانون وينص على أنها ممتازة يكون حقاً ممتازاً بموجب هذه الصفة التي راعاها القانون ، أباً كان الدائن لهذا الحق .

٦٥٩ - انقرب من الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية : ولكن من جهة أخرى ، يقترب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية ، في أنه مثلها حق عيني تابع غير قابل للتجزئة .

أما أنه حق عيني ، فقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول عينية حقوق الامتياز ، وبخاصة فيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة لأنها لا ترد على مال معين بالذات ، وفيما يتعلق بالامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية (١) .

(١) ف فيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، اتجه بعض الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبارها حقوقاً عينية (بودرى وفواران ١٣ فقرة ٢٩٢ - ديروبيه في طبيعة حق المناجر رسالة من تولوز سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٣ وما بعدها) . وقال بعض آخر إنها حقوق مهنية إذا باشرها الدائن على عقار ، وهي مجرد أوصاف تلحق الالتزام إذا باشرها الدائن على منقول (بودرى ١ ص ٢٧٣ ، أوبرى ورد ٣ ص ١١٢) .

ولكن أكثر الفقهاء الفرنسيين يقررون أن حقوق الامتياز العامة ، ولو وقعت على منقول ، تكون حقوقاً عينية . ولو وقعت حقوق الامتياز على عين معينة ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً ، أى أصبحت حقوق امتياز خاصة ، فإنها تكون بطبيعة الحال حقوقاً عينية ، وتخول حق التقدم وحق التبع . غير أن حق الدائنين فيها يتأثر بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية »^(١) . وفى مصر يذهب أغلب الفقهاء المصريين إلى أن حقوق الامتياز كلها ، عامة وخاصة ، على عقار وعلى منقول ، حقوق عينية^(٢) ، ويقول الأستاذ سليمان مرقس فى هذا المعنى : « لا محل فى القانون المصرى للمنازعة فى أن الامتياز حق عينى ، حيث قد نص عليه المشرع فى الباب الرابع من الكتاب الرابع الذى نظم فيه الحقوق العينية التبعية . (وفى فرنسا) الراجح أن الامتياز حق عينى يخول صاحبه ما تخوله إياه سائر الحقوق العينية من مزية التقدم والتبع »^(٣) .

وأما أن الامتياز حق تابع ، فلا أنه يستلزم وجود التزام أصلى بضمه ،

= وفيما يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة على منقول ، فإستناداً إليها إلى فكرة الرهن الضمنى كامتياز المزجر يكمل للدائن حقاً عينياً ، وما لا يستند إلى فكرة الرهن الضمنى كامتياز بائع المنقول فيه خلاف (انظر فى تفصيل ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ وما بعدها) .

ويرى بعض الفقهاء أن حقوق الامتياز جمعها صحت تنطبق ببعض الدون ، فتكفل الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (بنكار الملاحق لبردرى ٥ فقرة ٧٢ ص ٤٢٧ - ص ٥١٠ - روبينو فى الامتياز على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ ص ١٢٣ وما بعدها) .

وفى مصر يرى الأستاذ شمس الدين الوكيل أن حق الامتياز لعام ليس بحق عينى لأنه لا يرد على مال معين بالذات ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية . أما كل حقوق الامتياز الخاصة ، على عقار أو على منقول ، فتكسب الدائن حقاً عينياً . انظر فى ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٢١٠ وبوجه خاص ص ٥٦٧ هامش ١ .

(١) جيوار فقرة ١٧٢ - بيدان فقرة ٢٦٥ - فقرة ٢٦٩ - بودرى ودى لوان فقرة ٣٠٢ وفقرة ٣٠٤ .

(٢) محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٠ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ هامش ١ - ويشير إلى بيدان وفوران فقرة

٣٩٢ - چوسران ٢ فقرة ١٥٤ - بودرى فقرة ٣٠٢ .

شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي والاختصاص والرهن الحيازي . وهذا الالتزام الأصلي ، إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو انقضى ، يتبعه الامتياز في كل ذلك . والالتزام الأصلي الذي يضمنه الامتياز يصح أن يكون محله مبلغاً من النقود ، ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق عيني . ويصح أن يكون الالتزام الأصلي مقروناً بأجل ، أو معلقاً على شرط . والمهم أن الامتياز يوجد لضمان الالتزام الأصلي الذي هو تابع له ، وينبني على ذلك أنه لا يوجد إلا إذا وجد التزام أصلي ، وينقضي بانقضائه^(١) .

وأما أن الامتياز غير قابل للتجزئة ، فهو كسائر الحقوق العينية التبهية يبقى على كل الشيء ما بقي جزء من الدين الممتاز لم يدفع ، وكذلك أي جزء من الشيء يبقى ضامناً لكل الدين الممتاز . فكل جزء من الشيء ضامن لكل الدين الممتاز ، وكل جزء من الدين الممتاز مضمون بكل الشيء^(٢) . وعدم تجزئة حق الامتياز من طبيعة (nature) الحق ، لا من مستلزماته (non de son essence) . فيجوز الاتفاق على عكس ذلك ، وأن يخصص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين .

٦٦٠ - أقسام من الامتياز - نص قانوني : وقد نصت المادة

١١٣٢ مدني على ما يأتي :

« ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ،

(١) انظر في ذلك محمد كامل . رمى فقرة ٣٨٢ - جد الفتح جد الباقي فقرة ٥٣٤ - محمد علي إمام فقرة ٤١٤ - سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ .

(٢) انظر في ذلك بودري ودي لوان فقرة ٣٠٢ مكررة - بيدان ١ فقرة ٢٧٥ - محمد كامل . رمى فقرة ٣٨١ - سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ - استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ .

أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين^(١).
وورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ٢ - حقوق امتياز عامة على جميع أموال
المدين ، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة للأجراء ، ٢ - حقوق
امتياز خاصة على منقول معين ، كامتياز المؤجر وامتياز بائع المنقول . . .
٣ - حقوق امتياز خاصة على عقار معين . كامتياز بائع العقار وامتياز
المتقاسم في العقار »^(٢).

والنص سالف الذكر يميز بين أقسام ثلاثة من حقوق الامتياز :

١ - حقوق امتياز عامة (privilèges généraux) : وتقع على
جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ، فهي عامة بهذا المعنى ، وقد
بينها المشرع في المادة ١١٤١ مدني ، وهي ثلاثة أنواع : (أ) المبالغ المستحقة
للخدم والكتابة والعمال وكل أجبر آخر عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٤ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٦ في
المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٢
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١١ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول
وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .
التقنين الليبي م ١١٣٦ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول
وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

التقنين العراقي م ١٣٦٣ : ١ - ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من
منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .
٢ - ويصح أن يكون حق التصرف في الأراضي الأميرية مثلاً بحق الامتياز .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ .

المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مآكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة . (ح) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة . فهذه الحقوق الممتازة تقع كلها على جميع أموال المدين من منقول وعقار . ولا تخصص في مال معين . وهي لا تشهر ، فلا تشيد عند ما تقع على عقار المدين ، لأنها مبالغ تافهة ، فيسحقها جميع أموال المدين . لذلك لا يأتي فيها حق تتبع ، وتعتمد أساساً على حق التقدم . فإذا تقدم دائن له امتياز عام ، نفذ على مال المدين الذي لا يزال ملكاً له من منقول وعقار . وترك الأموال التي خرجت من ملكية المدين ، فهذه تستلزم حق تتبع وهو لا يوجد . ومتى نفذ الدائن على مال مملوك للمدين . لم يتقدم عليه إلا المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والرميم وهذه كلها حقوق امتياز خاصة على منقول . ثم يأتي صاحب الامتياز العام ، فينفذ على أي مال للمدين فيستوفي حقه من هذا المال ، متقدماً على جميع الدائنين فيما عدا الدائنين الذين مر ذكرهم وهم أصحاب المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والرميم . وإذا تعدد الدائنون أصحاب الامتياز العام . فتقدم مثلاً خادم ومورد مآكل ودائن بالنفقة ، تساووا جميعاً ولم يتقدم واحد منهم على الاثنين الآخرين . وإذا حجز الثلاثة على مال للمدين ، اقتسموا ثمن هذا المال كل بنسبة ماله . فأصحاب الامتياز العام فيما بينهم متساوون . وبالنسبة إلى الدائنين الآخرين لا يتقدمهم إلا ثلاثة من أصحاب الامتياز الخاص على منقول . ويتأخر عنهم بقية أصحاب الامتياز الخاص على منقول وكل أصحاب الامتياز الخاص على عقار .

٢- حقوق امتياز خاصة على منقول معين *privilèges spéciaux sur les meubles* : وهؤلاء لهم حق امتياز خاص على منقول معين من منقولات المدين . وقد ذكرهم المشرع مرتبين حسب مراتبهم ،

ثلاثة منهم يسبقون أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المصروفات القضائية فالمبالغ المستحقة للخزانة العامة فأصحاب المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه ، والباقي يتأخرون عن أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وفي مقابل آلات الزراعة ثم أجره المباني والأراضي الزراعية والمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة الزيل ثم ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وما للشركاء الذين اقتسموا منقولا وهو ما يسمى بامتياز المتقاسم . وسنوضح فيما يلي ، عند الكلام في حقوق الامتياز هذه ، كيف يكون لصاحب الامتياز من هؤلاء امتياز على منقول معين بالذات من منقولات مدينه . وإذا لم يكن المنقول الدائن ، كان لهذا كدائن عادي أن يشترك مع باقي الدائنين في التمسيد على سائر أموال المدين لاستيفاء الباقي من حقه . وحق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لا سيما إذا تعارض مع قاعدة الجبارة في المنقول ، لذلك أجاز القانون للدائن إذا خشي لأسباب معقولة تبيد المنقول أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ١١٣٣ مدني) .

٣ - حقوق امتياز خاصة على عقار معين (*privilèges spéciaux sur les immeubles*) : وأصحاب هذه الحقوق لهم امتياز خاص على عقار معين بالذات من عقارات المدين . وتوجد ثلاثة حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، هي ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته والمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المماريين على المنشآت والشركاء الذين اقتسموا عقاراً تأمينا لما تخوله القسمة من حقوق . وأصحاب الامتياز الخاص على عقار يجب أن يقيدوا حق امتيازهم ، وتحدد مرتبتهم بتاريخ القيد . وتنتج حقوق الامتياز هذه نفس الآثار التي تنتجها الرهون الرسمية ، بما في ذلك قاعدة عدم التجزئة^(١) . وإذا لم يكف العقار لأداء حق الدائن ، نفذ الدائن كدائن

(١) استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - د ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ .

عادى على جميع أموال المدين الأخرى^(١) .

ولا يوجد فى القانون المصرى امتياز عام على كل عقارات المدين دون منقولاته ، ولا على كل منقولات المدين دون عقاراته .

٦٦١ - أملاك أقسام من الامتياز - نص قانونى : ونصت المادة

١١٣٤ مدنى على ما يأتى :

١ - تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

٢ - ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة واو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون استق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة^(٢) .

(١) وهناك تقسيم آخر لحقوق الامتياز يعود الأهمية . فنقسم هذه الحقوق إلى حقوق يجب قيدها حتى يكون لها تأثير على الغير وهذه هى حقوق الامتياز الخاصة على عقار وتسرى عليها أحكام الرهن الرسمى وأحكام التطهير والقيد وما يتصل به من تجديد ومحو ، وحقوق امتياز تنتج آثارها من غير قيد وهذه هى حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول (محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٥) .

(٢) تاريخ النص : وود هذا النص فى الملة ١٤٧٦ من للشروع التمهيدى . وأقرتها لجنة المراجعة تحت رقم ١٢٣٨ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال بعض تعديلات لنظية جملة النص مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرها مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٤ (مجلة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٩١ - ص ٢٩٤) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

• وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ - حقوق امتياز عامة على جميع أموال
المدين . . . ٢ - حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ٣ - حقوق
امتياز خاصة على عقار معين . . . وحقوق الامتياز هذه تنطبق عليها أحكام
الرهن الرسمي وإن كان مصدرها نص القانون - فيجب قيدها . وتأخذ
مرتبتها من وقت القيد وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ، ويجوز
تطهيرها . إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشهر . وهي حقوق
الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار . ولذلك لا تثبت فيها حق النفع .
وكذلك حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار . وهو
حق يقرن بالنفع ، ومع ذلك لا يشهر لتفاهته . وحقوق الامتياز العقارية
التي لا تشهر تسبق في المرتبة كل امتياز عقارى آخر ، وكل حق قيد مهما

التقنين السوري م ١١١٣ : ١ - تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام
الرهن والتأمين المقررين بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . ٢ - ممن من
التسجيل حقوق الامتياز العامة الآتية : (١) الرسوم

التقنين المبيى م ١١٣٩ : ١ - تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام
الرهن الاتفاق بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام
التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو . ٢ - ومع ذلك
فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان عليها عقاراً لا يجب فيها التشهر ولا يثبت فيها حق النفع ،
ولا حاجة لتشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه
الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أر أى حق رهن
اتفاق مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن لمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم
على حقوق الامتياز العامة .

التقنين العراقي م ١٣٦٥ : ١ - تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار خصوص
المنطقة بالرهن التأميني والقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . ٢ - ومع ذلك
فإن حقوق الامتياز العامة ، ولو كان عليها عقاراً ، لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت بها حق
النفع . ولا حاجة لتسجيل أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة لمصرية .

كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة تسبق في المرتبة حقوق الامتياز العامة . وتستوى حقوق الامتياز العامة فيما بينها بنسبة كل منها (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن حقوق الامتياز الخاصة على منقول لا كلام فيها ، فهي حقوق امتياز تقع على منقول معين ، وقد بين القانون أحكامها ومرتبها (أنظر أيضاً م ١٣٣ مدني) .

وباقى حقوق الامتياز هي : (١) حقوق الامتياز الخاصة على عقار . (٢) حقوق الامتياز العامة . (٣) حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار .

ففيما يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة على عقار ، وهي ثلاثة (بائع العقار ، والمقاولون ، والمهندسون المعماريون ، والشركاء المتقاسمون لعقار) ، تسري عليها أحكام الرهن الرسمي لأن الرهن الرسمي يرد أيضاً على عقار ، بما في ذلك أحكام التطهير والقيود وما يتصل بالقيود من تجديد ومحو وما يترتب عليه من آثار . وحقوق الامتياز هذه يجب إذن قيدها ، ومتى قيدت فتاريخ القيد هو الذي يحدد مرتبتها . وحق امتياز خاص متى قيد ، يصبح كحق رهن رسمي مقيد ، يحكمه القيد ويحدد مرتبته .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، فهذه لا تشهر ولو كان محلها عقاراً . ولذلك لا يثبت فيها حق التبعية ، وتقتصر على حق التقدم . فتى نفذ الدائن عليها وهي مملوكة للمدين ، تقدم في مرتبته على سائر الدائنين

وفيما يتعلق بحق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، فهذا فيه حق تقدم وحق تبعية ، وإن كان لا يشهر لتفاهته .

وحقوق الامتياز التي لا تشهر وإن وقعت على عقار ، وهي حق

الحزانة وحقوق الامتياز العامة ، تسبق في المرتبة حقوق الامتياز الخاصة على عقار مهما كان تاريخ قيدها . وفيما بينها ، يسبق حق الحزانة حقوق الامتياز العامة . وحقوق الامتياز العامة متساوية في الترتيب ، فتستوفى بنسبة كل منها .

٦٦٢ - هو الامتياز ومبازة المنقول بحسن نية - نص قانوني : نصت المادة ١١٣٣ مدني على ما يأتي :

- « ١ - لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » .
 « ٢ - ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها الزلاء في فندقه » .
 « ٣ - وإذا خشي الدائن ، لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٥ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقرير الذي أجهده ، تحت رقم ١٢٣٧ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ٢٨٩ - ص ٢٩٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٢ : ١ - لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .
 ٢ - ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها الزلاء في فندقه . ٣ - وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

التقنين الليبي م ١١٣٧ : ١ - لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .
 ٢ - ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها الزلاء في فندقه . ٣ - وإذا خشي

وورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ - حقوق امتياز عامة في جميع أموال
المدين . . . ٢ - حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ولا يحتاج
بهذه الحقوق على حائز حسن النية ، فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع
ثمنه ، وأدخله في العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أي لا يبيع بامتياز
البائع ، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتاج به على المؤجر . وكذلك الأمر
لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل في أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتاج بامتياز
البائع على صاحب الفندق . ويتبين من ذلك أن حق الامتياز الخاص على
منقول عرضة للضياع ، لذلك أجاز المشروع ، إذا خشي الدائن لأسباب
معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز أن يطلب وضعه تحت الحراسة .
٣ - حقوق امتياز خاصة على عقار معين . . . » (١) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن المنقول إذا كان مثقلا بحق امتياز ،
قد تعرضه قاعدة أخرى هي قاعدة الحيازة في المنقول ، فتغلب قاعدة
الحيازة على حق الامتياز .

وقد أورد النص مثلين لذلك :

١ - إذا اشترى شخص منقولا ولم يدفع ثمنه ، فإن المنقول يبقى مثقلا
بحق امتياز الثمن . فإذا نقل المشتري هذا المنقول إلى منزل استأجره ، وكان
المؤجر حسن النية لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز ، فإن المنقول متى نقل

= الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه
تحت الحراسة

التقنين العراقي م ١٣٦٤ : ١ - لا يحتاج بحق الامتياز على من جاز المنقول بحسن نية .
٢ - ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر المقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين
المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه

إلى العين المؤجرة يحوزه المؤجر بحسن نية ، فتغلب هذه الحيازة بحسن النية على حق امتياز البائع ، ويفضل في هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول ، أى أن امتياز المؤجر يتغلب على امتياز البائع .

٢ - ونفرض أن مشري المنقول في المثل السابق ، بدلا من أن يقل المنقول إلى منزل استأجره ، نقله إلى فندق نزل فيه ، واختلط المنقول بأمته ، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك الزيل وأنه غير مثقل بحق امتياز . ففي هذه الحالة أيضاً يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول ، ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول .

من أجل ذلك . ولأن امتياز بائع المنقول معرض للتضياع وللتبديد كثيراً . نص القانون في الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة ١١٣٣ مدني سائلة الذكر على أنه إذا خشي الدائن (بائع المنقول) لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، كقله إلى مكان مستأجر أو إلى فندق ، جاز له أن يطلب وضع هذا المنقول تحت الحراسة . فيؤمنه الحارس بوضعه تحت حراسته . أو على الأقل يخطر صاحب المكان المؤجر أو صاحب الفندق . قبل نقل المنقول إلى المكان المؤجر أو إلى الفندق . بأن المنقول مثقل بحق امتياز البائع . فيبقى هذا الامتياز مفضلاً على امتياز المؤجر أو امتياز صاحب الفندق .

٦٦٣ - مرتبة الامتياز - نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣١

مدني على ما يأتي :

« ١ - مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتياز . كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب » .

« ٢ - وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي
بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » (١) .
وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« وكل حق ممتاز ، لم ينص القانون على مرتبة امتياز ، يتأخر في المرتبة
على الحقوق الممتازة التى نص عليها المشروع في هذا الباب . وإذا اتحدت
مرتبة الامتياز في حقين ، فإنهما يستوفيان بنسبة قيمة كل منهما » (٢) .
ويؤخذ من النص سالف الذكر أن القانون هو وحده الذى يحدد مرتبة
الامتياز .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٣ من المشروع التمهيدى على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٥ في
المشروع النهاى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣١
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧) .
التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٠ : ١ - مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة
في حق ممتاز على رتبة امتياز ، كان هذا الحق متأخراً في الرتبة عن كل امتياز ورد في المواد
التالية . ٢ - وإذا كانت الحقوق الممتازة في رتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة كل منها ،
ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

التقنين الليبي م ١١٣٥ : ١ - مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة
في حق ممتاز على مرتبة امتياز ، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا
الباب . ٢ - وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ،
ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

التقنين العراقى م ١٣٦٢ : ١ - مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة
في دين ممتاز على مرتبة امتياز ، كان هذا الدين متأخراً في المرتبة عن كل امتياز منصوص
على مرتبته . ٢ - وإذا كانت الديون الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل
منها ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٧ .

وقد جمع القانون أكثر حقوق الامتياز في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي نحن فيه ، وحدد مرتبة كل حق امتياز فيها ، كما سنرى عند الكلام تفصيلاً في حقوق الامتياز هذه .

ولما كان يوجد حقوق امتياز أخرى غير هذه مبشرة في أماكن متفرقة ، فإن المادة سألقة الذكر وضعت قاعدة لتحديد مرتبة امتيازها .

وأول شق في هذه القاعدة هو أن يضع القانون مرتبة الامتياز عند ذكر الامتياز ، فيؤخذ بهذه المرتبة متقدمة كانت أو متأخرة .

فإذا لم يضع القانون مرتبة لحق ممتاز ، تأخر هذا الحق في مرتبته عن كل الحقوق الممتازة المذكورة في الباب الرابع هذا . ولما لم يكن لهذا الحق مرتبة محددة ، فإنه يأتي مباشرة عقب حقوق الباب الرابع ، ويتساوى في مرتبته مع الحقوق التي لم يحدد القانون مرتبة لها .

ويتفق أن حقوق امتياز متعددة ، كحقوق الامتياز العامة ، تكون كلها في مرتبة واحدة ، فتستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص بقضى بغير ذلك . فإذا تراحم عامل ومورد الملابس وصاحب النفقة ، وهؤلاء جميعاً أصحاب حق امتياز عام ومتساوون في المرتبة ، فإنهم يستوفون حقوقهم كلها من المال الذي نفذوا عليه . فإذا لم يكف هذا المال لتأدية جميع حقوقهم ، فإنهم يتقاسمون ما حصلوا عليه بنسبة قيمة الحقوق الممتازة ، ثم ينفذون على مال آخر بعد ذلك^(١) .

٦٦٤ - هلاك الشيء النفل بالامتياز أو تلفه - نص قانوني :

نصت المادة ١١٣٥ مدني على ما يأتي :

« يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه »^(٢) .

(١) انظر في ذلك محمد كامل مرمي فقرة ٢٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٧ من المشروع التمهيدى على وجه =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« إذا هلك محل الامتياز ، فإن كان الهلاك بخطأ المدين كان الدائن بالخيار بين استيفاء الدين أو طلب تأمين آخر ، والخيار للمدين إذا كان الهلاك بسبب أجنبي - وينتقل الامتياز إلى الحق الذي حل محل الشيء الذي هلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين . وهذه هي أحكام الرهن الرسمي » (١) .
ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا هلك الشيء أو تلف ، فإن كان ذلك بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين طلب تأمين آخر وينتقل إليه حق الامتياز ، وبين استيفاء الدين قبل حلول ميعاده : وهذا هو حكم الرهن الرسمي .

وإن كان ذلك قضاء وقدرأ ، كان الخيار للمدين ، فيوفي الدين قبل ميعاده ، أو يقدم تأميناً آخر ينتقل إليه حق الامتياز . وهذا هو أيضاً حكم الرهن الرسمي .

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٤ : يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن والتأمين العقاري من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .

التقنين الليبي م ١١٣٩ : يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الاتفاقي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .

التقنين العراقي م ١٣٦٦ : يسرى على حق الامتياز ما يسرى على حق الرهن التأميني والخيازي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تعيبه .
(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

٦٦٥ - انقضاء من الامتياز - نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣٦ مدني على ما يأتي :

« ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك » (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ، ما يأتى :

« وينقضى حق الامتياز فى العقار بما ينقضى به حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص . كما ينقضى حق الامتياز فى المنقول بما ينقضى به حق الرهن الحيازى ، وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بغيره » (٢) .
ويؤخذ من النص سالف الذكر أن حق الامتياز ينقضى بما ينقضى به الرهن الرسمي فى العقار ، وبما ينقضى به الرهن الحيازى فى المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١١٥ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها الرهن والتأمين العقارى ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

التقنين الليبى م ١١٤٠ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الاتفاقي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

التقنين المراقى م ١٢٦٧ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن لأببى والحبارى ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

فحق الامتياز ينقضى إذن ، في العقار والمنقول ، بطريقة تبعية ، إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من الأسباب التي تنقضى بها الالتزامات .
 وحق الامتياز في العقار ينقضى ، بطريقة أصلية ، بالتطهير ، أو بالبيع الجبري ، أو بإبزول الدائن عن حق امتياز ، أو بهلاك الشيء محل الامتياز ، أو باتحاد الذمة .

وحق الامتياز في المنقول ينقضى ، بطريقة أصلية ، بإبزول الدائن عن حق امتياز ، أو باتحاد الذمة ، أو بهلاك الشيء محل الامتياز (والبيع الجبري في قانون المرافعات) .

٦٦٦ - نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية على حقوق الامتياز :

ونقل عن المذكرة الإيضاحية نظرة عامة في حقوق الامتياز ، في الكلمة الآتية :

« جمع التقنين الحالي (السابق) أكثر الحقوق الممتازة ، سواء كان الامتياز عاماً أو خاصاً وسواء رقع الخاص منه على عقار أو منقول ، في نص رئيسي واحد (م ٧٢٧/٦٠١) . ثم عقب هذا النص بنصين ، أحدهما في امتياز متقاسم العقار والآخر في امتياز مصروفات الصيانة في العقار والمنقول . ثم أورد نصاً ثالثاً ، يشير فيه إلى حقوق الامتياز التي قررتها القوانين الخاصة » .

« أما المشروع فقد وضع في فصل الأحكام العامة لحقوق الامتياز ، ثم أورد في فصل آخر أنواع الحقوق الممتازة مرتبة حسب درجتها . وأهمية وضع أحكام عامة لحقوق الامتياز لا تخفى ، فهذه الأحكام هي التي تجعل من حقوق الامتياز موضوعاً مناسباً لتنظيمه فكرة منسجمة متسقة . وقد أورد المشروع في هذه الأحكام تعريفاً لحق الامتياز ، وقسم حقوق الامتياز إلى عامة وخاصة ، وميز في الخاصة منها بين حق امتياز يقع على المنقول وآخر

يقع على العقار ، وبين أحكام كل من التوعين ، ثم ذكر كيف ينهى حق الامتياز .

« وانتقل المشروع بعد ذلك إلى الحقوق الممتازة ذاتها ، وبدأ بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وأوردها جميعاً مرتبة فيما بينها بحسب درجة امتيازها . فحسم بذلك مسائل خلافية كثيرة ، وأوضح ما وقع فيه التقنين الحال (السابق) من الغموض في بعض هذه المسائل . وقد بدأ بامتياز المصروفات القضائية . وهو أول حق امتياز ، ويليه امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ثم امتياز الحفظ والترميم ، وكل هذه حقوق امتياز خاصة تقع على المنقول . ويأتى بعدها في الترتيب حقوق الامتياز العامة ، ثم امتياز مصروفات الزراعة ، ثم امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ، ثم امتياز المؤجر . فامتياز صاحب الفندق ، فامتياز بائع المنقول ، فامتياز المتقاسم في المنقول . أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار فقد أوردها المشروع بعد ذلك في بصوص ثلاثة . تدول النص الأول منها امتياز بائع العقار ، والثاني امتياز المتاولين والمهندسين . والآخر امتياز المتقاسم في العقار . وحقوق الامتياز على العقار تتحدد مرتبتها بالقيّد ، كما هو الأمر في الرهن الرسمي . »

« وهذا بيان مجمل لأهم ما استحدثه المشروع من النصوص في هذا الموضوع . »

« ١ - استحدث المشروع كل النصوص المتعلقة بالأحكام العامة ، وهي النصوص التي سبقت الإشارة إليها . »

« ٢ - جعل المشروع امتياز النفقة والديون الملحققة بها . »

« ٣ - نص المشروع على امتياز المبالغ المنصرفة في السداد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات . »

٤ - جعل المشروع امتيازاً في قسمة المنقول ، حتى لا يفرق بين العقار والمنقول بفرقة لا مبرر لها .

٥ - وسع المشروع في امتياز مصروفات الصيانة في العقار ، فجعلها تشمل أيضاً مصروفات البناء^(١) .

٦٦٧ - خطة البحث : ونجعل بحثنا في فصلين .

الفصل الأول - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول .

الفصل الثاني - حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار .

وقل أن ندخل في هذه التفصيلات ، نذكر أن المشرع صدرها جميعاً بالمادة ١١٣٧ مدني ، وهي تنص على ما يأتي :

« الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة »^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٩ من المشروع التمهيدى . وأقرتها لجنة المراجعة ، في المادة ١٢٤١ من المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ - ص ٢٩٨) .
التقنين المدنى السابق م ٦٠٤ / ٧٣٠ : وأما ما عدا ذلك من الامتيازات على المنقولات فهي مبينة في القوانين الأخرى .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٦ : الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين الليبي م ١١٤١ : الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين المراقى م ١٣٦٨ : تكون ممتازة إلى جانب الديون المقررة امتيازها بنصوص خاصة الديون المبينة في المواد الآتية .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« يقرر هذا النص أن هناك حقوقاً ممتازة أخرى غير التي ذكرت في هذا الباب تقررها نصوص خاصة ، مثل ذلك حق امتياز النقابة في ملكية النقابات (م ١٢٣٨ من المشروع) وحق امتياز أنعاب المحامي وقد تقرر في قانون خاص » (١) .

وقد سبق أن بينا أمثلة من حقوق الامتياز الأخرى (٢) ، فلا نعود إلى ذلك . ويكفي ، فيما يلي ، أن نبين أنواع الحقوق الممتازة المذكورة في الباب الرابع من الكتاب الرابع ، وهي أغلب الحقوق الممتازة في القانون المدني .

الفصل الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

٦٦٨ - مبحثه : لما كان هذا الموضوع هو أكبر موضوع في باب حقوق الامتياز ، فقد جعلناه في مبحثين ، متخذين من حقوق الامتياز العامة الأساس الذي نعتمد عليه . فحقوق الامتياز العامة بتقديمها حقوق امتياز خاصة على منقول ، هي المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، فقد جعلنا هذه مع حقوق الامتياز العامة مبحثاً أولاً بعنوان « حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التي بتقديمها » . ثم أعقبنا ذلك بالمبحث الثاني ، وهو « حقوق الامتياز الخاصة على منقول المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة » .

(١) مجموعه الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ .

(٢) انظر آنفاً مقرة ٦٥٧ .

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التي تقدمها

٦٦٩ - تناول حقوق الامتياز وفقاً لترتيبها : ويتناول حقوق الامتياز بحسب ترتيبها ، على الوجه الوارد في التشريع .

٦٧٠ - حقوق امتياز أربعة : ونبحث هنا حقوق امتياز أربعة ، على الترتيب الآتي :

١ - المصروفات القضائية .

٢ - المبالغ المستحقة للخزاة العامة .

٣ - مصروفات الحفظ والترميم .

٤ - حقوق الامتياز العامة .

١. § - المصروفات القضائية

٦٧١ - نص قانوني : نصت المادة ١١٣٨ مدني على ما يأتي :

١ - المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

٢ - وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٠ من المشروع التمهيدي . وأقرته =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« الحق الممتاز : هو المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة في حفظ أموال المدين وبيعها . فنفقات الخجوز التحفظية ، والحراسة ، والحجز التنفيذي ، وإجراءات نزع الملكية ، والتوزيع ، كلها ممتازة على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة . فما كان منها لمصلحة خاصة لدائن معين ، كما في إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين ، فلا يدخل في هذا الامتياز .

= لجنة المراجعة بعد تعديل الفقرة الأولى تديلاً لفظياً بسيطاً ، تحت رقم ١٢٤٢ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٧ ، ثم بس المجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٨ (مجموعة الأحوال التحضيرية ٧ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

التقنين المدني السابق م ٦٠١ بند أول / ٧٢٧ بند أول : الديون الممتازة هي الآتية :
(أولاً) المصاريف القضائية المنصرفة لحفظ أموال المدين وبيعها ، وتدفع من ثمن هذه الأملاك قبل ديون الدائنين الذين صرفت تلك المصاريف لمنفعتهم .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٧ : ١ - المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ - وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

التقنين الليبي م ١١٤٢ : ١ - المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ - وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاقاً ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

التقنين العراقي م ١٣٦٩ : ١ - المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها ، لها حق امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ - وتستوفى هذه المصروفات قبل أي دين آخر ، ولو كان ممتازاً أو مرثداً بالرهن ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في حفظ الأموال وبيعها على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

محل الامتياز : هو الثمن الذى رسا به المزاد عند بيع أموال المدين .
 خلا امتياز إذن يقع على منقول . وقد يكون خاصاً إذا كان التنفيذ على أعيان
 محددة عقاراً كانت أو منقولا ، وقد يكون عاماً إذا بيعت كل أموال
 المدين .

مرتبة الامتياز : هي المرتبة الأولى . أما فيما بين هذه الديون الممتازة ،
 فتقدم مصروفات الحفظ والبيع (وهي متساوية فيما بينها) على مصروفات
 التوزيع^(١) .

٦٧٢ - المحى المناز : قد يستدعى الأمر اتخاذ إجراءات قضائية
 لحفظ بعض أموال المدين وبيعها وتوزيعها لمصلحة الدائنين المشتركة . وقد
 تكون هذه المصروفات القضائية مستحقة للمحكمة . ولكن قد يكون أحد
 المأمورين القضائيين هو الذى أنفقها ويريد الرجوع بها ، كالحارس^(٢) ،
 والسنديك^(٣) ، ومصنى التركة^(٤) ، والخير^(٥) ، والمحامى قبل مدين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ - ١١ يونيو سنة ١٩٢٩

م ٤١ ص ٤٥٢ - ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٥٣ ص ٤٠٥ - ٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٤٦
 ص ٢٧٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للمارس القضائى امتيازاً بنفقاته وأتعابه وفقاً للعادة
 ٧٢٧ بند أول مخطط مل ثمن محصول الأرض ومل ثمن الأرض ذاتها (استئناف مخطط ٢٠ مايو
 سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) . وقضت أيضاً بأن مصروفات الحارس القضائى وأتعابه تكون
 ممتازة (استئناف مخطط ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١) - وانظر بالنسبة إلى أجرة
 الحارس القضائى الذى يوكل إليه حفظ الشيء المهجوز عليه : استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة
 ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٣ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ (حق السنديك الناشئ من
 مصروفاته وأتعابه لصالح دائئى التقلية ، سواء كان للمحافظة على أموال المدين أو لتصفيتها
 أو توزيع الثمن الناتج من بيعها) .

(٤) استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥٣ .

(٥) استئناف مخطط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

موكله^(١) . وقد يكون أحد الدائنين هو الذى أنفقها ، ويريد الرجوع بها^(٢) .

ويشترط فى المصروفات القضائية شروط ثلاثة :

١ - أن تكون قد أنفقت فى إجراءات قضائية لازمة لحفظ أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمنها . والمقصود بحفظ الأموال المحافظة القانونية عليها ، تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين ، لا حفظها من التلف المادى فمصروفات الحفظ من التلف يضمنها امتياز مصروفات الحفظ والترميم^(٣) . مثل ذلك نفقات الحجز التحفظية ، والحجز التنفيذية ، وإجراءات نزع الملكية ، ودعوى الحراسة ، والتوزيع ، ونفقات الدعوى غير المباشرة^(٤) ، والدعوى البولصية ، وشهر إفلاس التاجر^(٥) . ويمتد الامتياز إلى نفقات عمليات غير قضائية تقتضيها الإجراءات القضائية^(٦) ، كنفقات وضع الأختام ، وتحرير محاضر حصر التركة ، وإجراءات القسمة ، وإدارة المال الموضوع تحت الحراسة . وتصفية التركة^(٧) . ولا يشترط أن تكون

(١) استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٥١ - ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ . أما انتعاب اعادى المستحقة قبل موكله ، فيضمنها امتياز خاص .
والمصروفات القضائية التى أنفقها المدين نفسه لا امتياز لها : استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ - ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مخطط ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤١١ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٤١١ .

(٥) استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٩ .

(٦) استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٨ .

(٧) استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ - الاسكندرية المنطقة

ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٤ .

الإجراءات قد اتخذت بناء على طلب أحد الدائنين ، فيجوز أن تكون قد اتخذت بناء على طلب أحد شركاء المدين ما دام أنها قد عادت بالفائدة على الدائنين^(١) .

٢ - أن تكون الإجراءات قد اتخذت وفقاً للقانون - فتكون ممتازة مصروفات من يكون اشتراكهم في الإجراءات لازماً كالمأمورين القضائيين والخبراء ، ولا تكون ممتازة مصروفات من يقوم بعمل تصفية ودية لأموال المدين من غير أن يحصل على توكيل من كل أصحاب الشأن^(٢) .

٣ - أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة . فما صرف منها لمصلحة أحد الدائنين ، كمصروفات إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين^(٣) ، لا يدخل في الامتياز^(٤) . وقد قضى بأن مصروفات الإجراءات التي قام بها أحد الدائنين ، والتي أدت إلى حفظ الضمان العام الذي للدائنين ، كدين المدين على آخر ، هي ديون ممتازة^(٥) .

ويقدر القاضي ما إذا كانت المصروفات القضائية قد أنفقت في حفظ أموال المدين وبيعها ، وفي مصلحة مشتركة للدائنين^(٦) .

٦٧٣ - محل الامتياز : والامتياز يقع على الثمن الذي رسا به المزارع ،

عند بيع أموال المدين التي حفظت على النحو المتقدم^(٧) . فلاذن يكون محل

(١) استئناف مخطوط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢٠ .

(٣) وكذلك مصروفات الدعوى البولصية في التقنين المدني السابق .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٣١٤ - أوبري ورو فقرة ٢٦٠ هامش ٥ - بلانيول

وريبير وبيكيه فقرة ٢١ - استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٥٣ .

(٥) استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه ليس من اختصاص القضاء المستعجل

الفصل فيما يعتبر مصروفات قضائية لازمة وممتازة وما لا يعتبر كذلك (استئناف مخطوط ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٤) .

(٧) استئناف مخطوط ١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٤ .

الامتياز ثمناً ، وهو منقول خاص ، ومن هنا كان الامتياز امتيازاً خاصاً على منقول ، ولو كان الذى بيع من أموال المدين كله عقاراً .

وتقع المصروفات القضائية على أعيان معينة ، عقارات كانت أو منقولات^(١) . ففى بيعت ، تحولت كلها إلى أثمان وهى منقولات ، فيقع الامتياز على هذه المنقولات .

وقل أن تقع المصروفات القضائية على جميع أموال المدين ، فإن وقعت كان الامتياز عاماً ، لأن ثمن جميع أموال المدين هو كل ما يملك المدين^(٢) .

٦٧٤ — مرتبة الامتياز : ومرتبة الامتياز هى الأولى بين جميع حقوق الامتياز ، فلا يتقدم امتياز آخر هذا الامتياز . ولا يعادله .

ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن هو خزانة الحكومة نفسها ، أو أحد المأمورين القضائيين ، أو أحد الدائنين . أو غير ذلك^(٣) .

وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، حتى لو كان هذا الحق الآخر هو حق أحد الدائنين الذين أنفقت المصروفات القضائية فى مصالحهم (م ٢/١١٣٨ مدنى) .

وإذا تزاومت المصروفات القضائية فيما بينها ، تقدمت المصروفات التى أنفقت فى حفظ أموال المدين أو فى بيعها . ثم تلتى بعد ذلك مصروفات إجراءات التوزيع (م ٢/١١٣٨ مدنى) .

ويتساوى الدائنون بمصروفات الحفظ والبيع فيما بينهم . ثم يتساوى الدائنون بنفقات التوزيع^(٤) .

(١) : بوردى ودى لوان فقرة ٣١٦ ونقرة ٦٤٠ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢٣ .

(٢) : محمد كامل مرسى فقرة ٣٩٣ .

(٣) : بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٨ .

(٤) : ببدان وفواران فقرة ٤١١ .

وانظر فى المصروفات القضائية : استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٥٣ — =

§ ٢ - المبالغ المستحقة للخزانة العامة

٦٧٥ - نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣٩ مدني على ما يأتي :

« ١ المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن » .

« ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ، عدا المصروفات القضائية » (١) هـ

= ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ - ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٢ -
١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ -
١٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ - ١٤ أبريل
سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ - ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ .

(١) تاريخ النسخ : ورد هذا النص في المادة ١٥٨١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة ، تحت رقم ١٢٤٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ - ص ٣٠٣) .

التقنين المدني السابق م ٦٠٢ بند ٢ أدلى : المبالغ المستحقة للديون عن أموال أو رسوم أيا كان نوعها ، وتكون هذه المبالغ ممتازة بحسب الشرائط المقررة في الأوامر واللوائح المختصة بها ، ويجري مقتضى امتيازها على كافة أموال المدين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٨ : ١ - المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، عدا المصروفات القضائية .

التقنين الليبي م ١١٤٣ : ١ - المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما بأتى :

« الحق الممتاز : هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة للخزانة العامة (انظر الأمر العالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٨٧٢ والأمر العالى الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٨٨٤) .

محل الامتياز : هو ثمن الأموال الماثمة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة .
وتكون هذه الأموال عادة منقولة (كـ محاصيل وأمتعة) . وقد يمتد الامتياز إلى عقار إذا لم يكن المنقول ، فيصبح الامتياز عقارياً بطريقة عرضية .

مرتبة الامتياز : هى المرتبة الثانية ، بعد امتياز المصروفات القضائية – ولا يشترط الامتياز إذا وقع على عقار كما تقدم « (١) .

٦٧٦ – الحق الممتاز : لا بد فى ذلك من الرجوع إلى القوانين الخاصة المتعلقة بالأموال والعوائد والضرائب والرسوم (٢) . وأهم هذه القوانين هى : القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال

— يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاق ، عدا المصروفات القضائية .
التقنين المراقى م ١٣٧٠ : ١ – المبالغ المستحقة للخزينة من ضرائب ورسوم ونحوها يكون لها حق امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والنظم الصادرة بهذا الشأن . ٢ – وتندرج هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز هذا فى أى يد كانت ، وذلك بعد المصروفات القضائية وقبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو موثقاً برهن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ – ص ٣٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٣٩ مدنى يدل على أن المبالغ المستحقة للخزينة للعامة لا تكون ممتازة إلا بقوانين وأوامر خاصة (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام للنقض ١٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٧٠) . وقضت فى نفس الحكم بأن دين الضريبة إذا كان منتمياً بامتياز هام ، فحق الامتياز العامة لا يجب فيها التفرغ ولا يثبت فيها حق التبع ولو كان محلها عقاراً .

المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية وعلى أرباح المهن الحرة وعلى كسب العمل ، والقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم دمغة ، والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ بضريبة الأطيان ، والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بتقرير ضريبة تصاعدية على الإيراد العام ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية .

وقد نص القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ في المادة ١٦ منه على أن «للخزانة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضي المستحقة عليها الضريبة ، وكذلك ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشي التابعة لهذه الأراضي » . ونص القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها للخزانة بحكم القانون . ونص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تحصل الرسوم بالطريقة الإدارية إلخ إلخ .

فتعتبر من الديون الممتازة أموال الأطيان الزراعية وعوائد الأملاك المبنية وضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وضريبة الأرباح الصناعية والتجارية وضريبة أرباح المهن الحرة وضريبة كسب العمل وضريبة الإيراد العام ورسم الدمغة وضريبة التركات ، وغير ذلك من الضرائب والرسوم التي نصت عليها القوانين المختلفة .

٦٧٧ - محل الامتياز : ومحل الامتياز منصوص عليه في هذه القوانين

المختلفة .

مثل ذلك المادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ (ضريبة العقارات المبنية) تنص على أن للحكومة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق الامتياز على الإيجار والإيراد الخاص بالعقارات المبنية وعلى المباني والأراضي المقامة عليها . والمادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ (ضريبة الأطيان)

تنص على أن للخزانة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضي المستحقة عليها الضريبة وكذلك ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشي التابعة لهذه الأراضي^(١) ، والمادة ٩٠ (معدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠) من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (ضريبة الإراد النوعي) تنص على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها ، والمادة ٤٣ من القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ (رسم أبلولة على التركات) تنص على أنه يكون للحكومة لأجل تحصيل رسم الأبلولة حق امتياز على نصيب كل وارث إلخ إلخ ،

٦٧٨ - مرتبة الامتياز : وامتياز الحكومة بما لها من ضرائب ورسوم يأتي في المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية التي يحتل امتيازها المرتبة الأولى كما قدمنا .

وإذا دفع هذه الضرائب والرسوم شخص غير مدين بها ، فإنه يحل محل الخزانة العامة في امتيازها^(٢) .

٦٧٩ - حق التبع : وامتياز الحكومة في الضرائب والرسوم يخول الحكومة حق التبع (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ مدني) . ولكن إذا وقع الامتياز على منقول ، فإنه لا يحتاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية : وإذا وقع على عقار ، فإنه لا يجب الشهر ويثبت حق التبع دون شهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الضرائب تمسكت بأن دين الضريبة مضمون بحق امتياز يرد على كافة أموال المدين من منقول وعقار ، وبأن حق الامتياز يخولها حق تتبع أموال المدين في أي يد كانت ، ولما كان الحكم قد خلا من الإشارة إلى هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه ، فإنه يكون معيباً بالقصور ، مما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٤) .

(٢) استئناف مخلط ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٩ ص ٧٩٤ .

§ ٣ - مصروفات الحفظ والترميم

٦٨٠ - نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٤٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . »

« ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها »^(١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٢ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديله تعديلاً لفظياً طفيفاً نصار ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٠ (مجموعة الأهلالتحضيرية ٧ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٦) .
التقنين المدني السابق م ٦٠٣ / ٧٢٩ : المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة كل جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب تواريخ الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١١٩ : ١ - المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة قيمة كل منها .

التقنين الليبي م ١١٤٤ : ١ - المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها ، فيقدم بعضها كل بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

التقنين العراقي م ١٣٧١ : ١ - المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح يكون لها حق امتياز عليه كله . ٢ - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة . أما فيما بينها ، فيقدم بعضها كل بعض بحسب للترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« الحق الممتاز : هو المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ،
كأجرة الساعاتى ومصلح السيارة والسنديك والحارس ، ولا يدخل مبلغ
التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان إلى مكان .
محل الامتياز : هو كل المنقول الذى حفظ أو رمم ، لا ما زاد فيه
بسبب الحفظ والترميم فحسب ، ولذلك ينص المشروع (م ١٥٨٢ فقرة
أولى) على أن الامتياز يقع على كل هذا المنقول .
مرتبة الامتياز : هى الثالثة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزنة
العامة . أما فيما بينها ، فيقدم ما صرف آخرأ » (١) .

٦٨١ - الحق الممتاز : أى المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما
له من ترميم . فلا بد أن يكون المحفوظ أو المرمم منقولاً لا عقاراً . كسيارة
أو آلة أو ساعة أو أثاث أو غير ذلك من المنقولات . أما العقار فلا يدخل ،
وكان يدخل فى التقنين المبنى السابق ، واستعيض عنه فى التقنين الجديد
بامتياز المهندسين والمقاولين إذا رمموا مبنى أو صانوه (٢) .
فجميع المصروفات التى أنفقت فى حفظ المنقول ووقايته من أن يهلك
أو يتلف كله أو بعضه ، وجميع المصروفات التى لولاها لأصبح المنقول غير
صالح للاستعمال الذى كان معداً له (٣) ، وجميع المصروفات التى أنفقت
لمنع المنقول من الضياع (٤) ، كل هذه تعتبر ديوناً ممتازة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ .

(٢) انظر فى ذلك محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٤ ص ٥٢٤ هامش ٣ - سليمان مرقس

فقرة ٣٤١ ص ٥٤٣ .

(٣) استئناف مخطوط ١٤ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ - ١١ مايو سنة ١٩٢٧

م ٢٩ ص ٤٦١ .

(٤) مصروفات علاج الشخص المستحق فى وقت تعبر من مصروفات الحفظ والصيانة =

وأمثلة ذلك أجرة الميكانيكي الذي يصلح سيارة أو آلة ، وأجرة الساعى الذى يصلح ساعة ، وأجرة النجار الذى يصلح أثاث منزل ، والمصروفات التى ينفقها شخص لإنقاذ منقول لغيره من الحريق أو من الفرق ، والمصروفات التى ينفقها الوكيل لتحصيل دين من الديون أو لحفظه^(١)، وأتعاب السنديك ومصلى التركة ، ومصروفات الحارس مقابل إدارته الأموال المسلمة إليه^(٢) .

ويثبت هذا الامتياز لمن أنفق المصروفات بنفسه ، أو لمن قدمها لينفقها غيره سواء كان مالك المنقول أو شخصاً آخر . ولقضى الموضوع التقدير فيما إذا كانت هذه المصروفات قد أدت بالفعل إلى حفظ الشيء ، أو إلى ترميمه^(٣) .

ولا يشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المنقول أو ترميمه ، بل يكفي أن تكون قد أدت فعلاً إلى الحفاظ والترميم^(٤) . ولا يدخل مبلغ التأمين ، ولا الرسوم الجمركية ، ولا أجر النقل من مكان إلى آخر ، ولا مصروفات « الجراج » ، ولا ثمن الزيت والبزير^(٥) . ولا تدخل كذلك المصروفات النافعة ، كمصروفات صباغة الصوف ومصروفات تغيير السيارة ، وكذلك لا امتياز لقرض النقود^(٦) .

— الممتازة فيما يتعلق بالاستحقاق فى الوقف (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤) .

(١) - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٢) - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٣) - بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨١ .

(٤) - بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩٨ - محمد على إمام

ص ٥٩٠ - سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٤ - ص ٥٤٥ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ .

(٥) - محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ وهامش ١ .

(٦) - محمد كامل مرسى فقرة ٤٠٦ وفقرة ٤٠٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٥ .

٦٨٢ - محل الامتياز : يقع الامتياز على كل المنقول المحفوظ أو

المرمم ، لا على ما زاد فيه بسبب الترميم والحفظ فحسب . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١١٤٠ مدني ، فيما رأينا .

ولا يشترط أن يكون المنقول في حيازة الدائن ، لأن الامتياز ليس مبنياً على فكرة الرهن الضمني ، بل على حفظ المنقول وترميمه^(١) .

ويشترط في بقاء الامتياز أن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته ، فإذا تغير المنقول تغيراً مادياً أضاع معالمه الأصلية ، أو اندمج في عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فإن الامتياز يزول . ولكن لا يزول الامتياز ، إذا تغيرت حالة المنقول ولكنه لم يفقد ذاتيته . أو أصبح عقاراً بالتخصيص^(٢) .

٦٨٣ - مرتبة الامتياز : مرتبة هذا الامتياز هي المرتبة الثالثة ،

فيأتي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

فبيع المنقول ، ومن ثمنه تستوفي مصاريف حفظ وترميمه .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم ، قدم منها ما كان متأخراً على المتقدم ، فإذا أنفقت مصروفات للحفظ والترميم في يناير ، وأخرى في فبراير من نفس السنة ، وثالثة في مارس من نفس السنة ، استوفيت أولاً مصروفات مارس ثم مصروفات فبراير ثم مصروفات يناير ، لأن المفروض أن مصروفات مارس هي التي كانت السبب في حفظ مصروفات فبراير ومصروفات فبراير هي التي كانت السبب في حفظ مصروفات يناير .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وضع المنقول تحت الحراسة لا يخل بالامتياز

مصروفات الحفظ والترميم (استئناف مختلط ١٦ يربيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٠) .

(٢) بيدان وقواران فقرة ٥٠١ - محمد علي إمام ص ٥٩٢ - سليمان مرقس فقرة ٣٤٢ -

وإذا كان العقار الذي ألحق بالمنقول خدمته فصار عقاراً بالتخصيص مرعوناً ، مثل الرهن المنقول وقدم الرهن على الامتياز إذا كان الدائن المرتهن حسن النية (سليمان مرقس فقرة ٣٤٢

ص ٥١٧) .

٦٨٤ - من الحبس ومن التبعية : وإذا كان المنقول في حيازة من حفظه ورممه ، كان له أن يحبس حتى يستوفي حقه (م ٢٤٦ مدني) . فإذا خرج من حيازته برضاه ، فقد حق الحبس .

ويكون لمن حفظ المنقول ورممه حق تتبع المنقول ، لأن حق التبعية من مستلزمات هذا الحق ، ما لم يقع الشيء في حيازة حائز حسن النية فيكون حق الحائز حسن النية مقدماً على حق حافظ المنقول ورممه (١) .

§ ٤ - حقوق الامتياز العامة

٦٨٥ - نص قانوني : نصت المادة ١١٤١ مدني على ما يأتي :
١ - يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة .

(ح) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

٢ - وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أو فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها (٢) ..

(١) سليمان مرقس فترة ٢٤٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٣ من المشروع التمهدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية طفيفة - حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقيين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٠ ، =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« الحقوق الممتازة » هى :

١ - المبالغ المستحقة للخدمة والكتابة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم

= ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٦ - ص ٢٠٩) .
التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البند الثانى / ٧٢٧ البند الثانى : المبالغ المستحقة للمستخدمين
فى مقابلة أجر السنة السابقة على البيع أو الحجز أو الإفلاس ، والمبالغ المستحقة للكتابة والعمالة
فى مقابل أجرتهم مدة ستة أشهر ، وتدفع هذه المبالغ بنوعها عند الاقتضاء بعد المصاريف
القضائية ، ويجرى مقتضى هذا الامتياز على أموال المدين منقولة كانت أو ثابتة بدون فرق .
التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السورى م ١١٢٠ : ١ - يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من
منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم
ورواتبهم من أى نوع كان عن السنة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده
للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس فى السنة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة
المدين لأفراد أسرته وأقاربه . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية
والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى
بنسبة كل منها .

التقنين الليبى م ١١٤٥ : ١ - يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من
منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجرهم
ورواتبهم من أى نوع كان عن السنة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده
للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس فى السنة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة
المدين لأقاربه عن السنة الأشهر الأخيرة . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات
القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى
بنسبة كل منها .

التقنين المراتى م ١٣٧٢ : ١ - يكون للديون الآتية ، بقدر ما هو متحقق منها فى السنة
الشهور الأخيرة ، حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة
عما صرف للمدين وللمن يعوله من مآكل وملبس ودواء . (ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين
لمن تجب نفقتهم عليه . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ
المستحقة للتزويد ومصروفات الحفظ والإصلاح . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها .

ومرتبائهم من أى نوع كان فى الستة الشهور الأخيرة ، فيشترط أن يكون للدائن أجيراً ، فيدخل الخادم والطاهى والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربي الأطفال والوكيل المأجور والكاتب والعامل . ويلاحظ أن عبارة المشروع أوسع من عبارة التقنين الحالى (السابق). وقد قصرت الأجرة للجميع على ستة أشهر ، بدلا من سنة للبعض وستة أشهر للبعض الآخر كما هو الأمر فى التقنين الحالى (السابق) . وقد زال بذلك التناقض الموجود بين م ٦٠١ فقرة ٧٢٧/٣ فقرة ٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ فى التقنين الحالى (السابق) .

٢ - المبالغ المستحقة عما ورد للمدين ولمن يعوله من مأكلى وملبس فى الستة الشهور الأخيرة . فإذا استورد المدين مأكولات وملابس من التجار ، فما يبقى من ثمنها ديناً فى ذمته عن مدة لا تزيد عن الستة الشهور الأخيرة يكون ممتازاً . وقد تقدم أن هذا الدين يسقط بمضى سنة ، فالمستحق من أكثر من سنة يسقط منه ما زاد عن السنة ، وما كان فى حدود السنة نصفه غير ممتاز ونصفه ممتاز .

٣ - وكذلك الأمر بالنسبة للمبالغ المستحقة للأقارب ، أى النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأخيرة ، ويدخل فى ذلك نفقة الزوجة ، ودين النفقة ممتاز وغير قابل للحجز عليه .

محل الامتياز : جميع أموال المدين من عقار ومنقول : ولا يشترط الامتياز فى العقار ولا تتبع فيه .

مرتبة الامتياز : هى الرابعة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٨ .

وانظر : استئناف مخطوط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٤١ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠

م ٣٢ ص ٢٢٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ .

٦٨٦ - الحق الممتاز : الحق الممتاز هنا ديون متفرقة ، وهى

أنواع ثلاثة :

١ - أجر الخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر ، عن الشهور الستة

الأخيرة :

٢ - المبالغ المستحقة لموردى المأكل والملبس ، عن الشهور الستة الأخيرة .

٣ - نفقة الزوجة والأقارب ، عن الشهور الستة الأخيرة^(١) .

٦٨٧ - أجر الخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر : المبالغ

المستحقة أجوراً لجميع الخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر ، عن الستة

الأشهر الأخيرة ، هى حقوق ممتازة .

ويدخل فى هؤلاء الأجراء :

كل من يؤجر عمله لخدمه شخص المخدم وأسرته ، فيدخل الخادم ،

والطاهى ، وسائق السيارة ، والواب ، ومربي الأطفال ، والفراش ،

والمرضع ، والبستاني ، وكل أجير آخر يعمل فى خدمة شخص المخدم

وأسرته .

كل من يؤجر عمله كعامل أو كاتب ، فيدخل العامل ، والراعى ،

وخادم المزرعة ، والكاتب ، وجميع المستخدمين الذين يشتغلون فى عمل

مدنى أو صناعى أو تجارى أو زراعى . فيدخل عمال الزراعة ، والحولى ،

والسكرتير ، والوكلاء المأجورون ، وغير هؤلاء ممن يؤجرون عملهم بالساعة

أو باليوم أو بالأسبوع أو بالشهر أو بغير ذلك .

(١) وقد قرر المشرع المصرى ، ضمن حقوق الامتياز الخاصة المقررة بقوانين خاصة ،

حق امتياز نفقات تجهيز الميت فى المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث ،

وحق امتياز التعويض المستحق من إصابات العمل فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص

بإصابات العمل .

ولا يدخل المثلون ، ولا العازفون على آلات الموسيقى ، ولا المقاولون ،
ولا الموظفون العامون .

ويدخل في حساب الأجر الذى يضمنه الامتياز كل ما يتقاضاه الأجير
في مقابل عمله من راتب أو أجر ، ومكافآت ، وعلاوات غلاء ، ونسب
مئوية من ثمن المبيعات ، وبدل انتقال وبدل سفر وبدل اغتراب .

ولا تدخل التعويضات التى تستحق للأجير بسبب فصله في وقت غير
لائق^(١) ، ولا المكافأة التى تستحق له عند انتهاء مدة خدمته^(٢) ، ولا
المصروفات القضائية التى أنفقها الأجير للحصول على حكم بأجرته^(٣) ،
ولا ما أنفقه الأجير في مصلحة رب العمل ولا ما قدمه له على سبيل
القرض^(٤) .

ولا يضمن الامتياز من الأجر إلا ما يقابل الستة أشهر الأخيرة ،
أى الستة أشهر السابقة مباشرة لتاريخ الحادث الذى أدى إلى تصفية أموال
المدين كالأمانة والإعسار وشهر الإفلاس^(٥) . فإذا لم يقع حادث من هذا
النوع ، وأريد استعمال حق الامتياز على مال معين من أموال المدين ،

(١) استئناف مخطط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٤ - وقد صدر في فرنسا قانون
١٩ يوليو سنة ١٩٢٨ بقرار امتيازاً للتعويضات التى تستحق للعامل بسبب تصف رب العمل في
استعمال حقه في نزع عقد العمل غير محدد المدة أو بسبب نفيه هذا العقد دون مراعاة مواعيد
التنبيه (انظر بيدان وفواران فقرة ٤٢٣) .

(٢) الإسكندرية للكلية ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٦ الهامة ٢٨ رقم ٥٧٢ ص ١٢٨٩ .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢ . ولكن المادة ٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة
١٩٥٠ الصادر بشأن إصابات العمل ألحق جميع المبالغ المستحقة للعامل المصاب (أو لمن يستحقون
التعويض) بالمبالغ المستحقة للأجراء وجعلها ممتازة في نفس مرتبتها . والمادة ٥ من القانون
رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض من أمراض المهنة ألحقت المبالغ المستحقة للعامل بالمبالغ
المستحقة للأجراء .

(٥) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ - أول مايو سنة ١٩٣٤

م ٤٦ ص ٢٧٢ .

كانت الأجرة المضمونة بالامتياز هي أجرة السنة الأشهر السابقة على الحجز أو السابقة على البيع^(١) . أما ما يستحق للأجير بعد ذلك ، فلا يكون له امتياز^(٢) .

٦٨٨ - المبالغ المستحقة لموردى المأكل والملبس : اختار القانون من الحاجات الضرورية المأكل والملبس وحدهما .

فلا يشمل ذلك الحاجات الضرورية الأخرى ، كالتدفئة وكالتهوية وكالأدوية وكأى نوع من الخدمات التى يحتاج إليها الإنسان .

ولا يضمن الامتياز المأكل والملبس ، إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون فى ذلك . أما إذا ورد المأكل والملبس صديق أو جار لا يتجر ، فلا يكون الثمن مضموناً بالامتياز^(٣) .

ومنى ورد المأكل والملبس تاجراً كان الثمن ممتازاً ، ولو كان هذا التاجر غير مقيد فى السجل التجارى ولا يودى ضريبة الدخل على الأرباح التجارية^(٤) .

ويشترط أن يكون توريد المأكل والملبس لاستهلاكهما ، أما إذا كان توريدهما للتجار فهما فلا يكون ثمنهما ممتازاً .

وكذلك يشترط أن يكون التوريد لاستعمال المدين شخصياً أو استعمال

(١) استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ - أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ - والأجر تسقط بمضى سنة م ٣٧٨ / ١ مدنى) ، فإذا كانت هناك أجرة عن سنة ونصف ، كانت أجرة السنة الأشهر الأخيرة ممتازة ، وأجرة السنة الأشهر التى قبلها غير ممتازة ولكنها قائمة ، وأجرة السنة الأشهر التى قبل ذلك تكون قد سقطت إذا حلف رب العمل أنه أداها (م ٣٧٨ / ٢ مدنى) .

(٣) بيدان وفواران فترة ٤٢٦ - محمد كامل مرمى فترة ٤٢٣ ص ٥٥٤ - سليمان مرقس فترة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

(٤) بلانويول ورييبر وبيكيه فترة ٤٨ - سليمان مرقس فترة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

من يعولهم المدين ، كزوج المدين وأولاده ولو كانوا بالغين وأقاربه الذين يعولهم وخدمه^(١) . أما أولاده البالغون الذين يعولون أنفسهم وزوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه^(٢) ، فدين النفقة هو الممتاز كما سئرى .

والمأكل والملبس اللذان تم توريديهما في الستة الأشهر الأخيرة ، يكون ثمنهما هو الممتاز . والستة الأشهر هي السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس^(٣) ، أو السابقة مباشرة على الحجز أو البيع ، أما بعد ذلك فلا تكون الأثمان ممتازة^(٤) .

٦٨٩ - نفقة الزوجة والأقارب : ويجب أن تكون النفقة مستحقة

في ذمة المدين ، وهي لا تكون مستحقة إلا إذا كانت متضبطاً بها أو كانت متفقاً عليها .

ونفقة الأقارب مذكورة في النص صراحة ، ولكن الامتياز يشمل أيضاً ومن باب أولى نفقة الزوجة . فيؤخذ لنظ « الأقارب » بمعناه العام ، بحيث تدخل الزوجة ضمن الأقارب . وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي^(٥) : « النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأخيرة ، ويدخل في ذلك نفقة الزوجة » .

ويجب ، حتى تكون النفقة ممتازة ، أن تكون مستحقة عن الستة الشهور الأخيرة ، أي السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس أو الحجز أو البيع .

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٢٦ .

(٢) بيان وفواران فقرة ٤٢٦ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٦٨٥ .

٦٩٠ - كل الامتياز : برد الامتياز ، بجميع أنواعه الثلاثة (الأجراء ، والمأكل والملبس ، والنفقة) ، على جميع أموال المدين من عقار منقول ، ولذلك كان الامتياز عاماً .

وينجوز استعمال الامتياز على مجموعة أموال المدين كلها إذا حدث ما يستدعى تصنيفها . أو على مال معين من أموال المدين متوقفاً كان أو عقاراً عند بيعه منفرداً .

وللدائن أن يباشر هذا الامتياز حتى على أموال المدين المعنوية . كحقوق التأليف والاختراع (١) .

٦٩١ - مرتبة الامتياز : هي الرابعة . وتأتى بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم .

وإذا تراحت الديون المضمونة بامتياز عام (المستحق للأجراء مع المستحق للمأكل والملبس مع المستحق لنفقة ، أو المستحق لأجير مع المستحق لأجير آخر ، أو المستحق للمأكل مع المستحق للملبس ، أو المستحق لنفقة الزوجة مع المستحق لنفقة أحد الأقارب ، إلخ إلخ) ، تساوت في المرتبة ، ووجب وفاؤها بنسبة كل منها (م ٢/١١٤١) .

٦٩٢ - عدم الشهر وعدم النفع : وحقوق الامتياز العام ليس فيها شهر ولا تنفع . وقد نصت المادة ٢/١١٣٤ على ما يأتى : « ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التبعية » .

فما ورد من هذه الحقوق على عقار لا يستدعى شهر الحق عن طريق قيد العقار ، بل يستعمل حق الامتياز العام على العقار دون حاجة إلى القيد .

(١) استئناف مخطوط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ .

كذلك لا يكون لحقوق الامتياز العام حق تتبع ، بل يقتصر الأمر فيها على حق التقدم .

المبحث الثاني

حقوق الامتياز الخاصة على منقول

المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة

٦٩٣ - **مفهوم امتياز فحمة** : وتوجد حقوق امتياز خمسة على منقول ، متدرجة في الترتيب ، وكلها متأخرة عن حقوق الامتياز العامة ، وهذه هي ، نبحثها على التعاقب :

١ - امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .

٢ - امتياز المؤجر .

٣ - امتياز صاحب الفندق .

٤ - امتياز بائع المنقول .

٥ - امتياز المتقاسم في المنقول .

§ ١ - امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في

مقابل آلات الزراعة

٦٩٤ - **نص قانوني** : نصت المادة ١١٤٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد .

يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، ويكون لها جميعاً مرتبة واحدة .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر .

٣ - وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات (١) .

(١) تاريخ النص : ود هذا النص في المادة ١٥٨٤ من المرسوم التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٦ في المرسوم النهاى . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٩ - ص ٣١٢) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠١ البندان الرابع والخامس / ٧٢٧ البندان الثانى والرابع : رابحاً - المبالغ المنصرفة في حصاد محصول السنة والمبالغ المستحقة في مقابلة للبندورات التى نتج منها المحصول ، وتدفع هذه وهذه على حسب الترتيب المبين في هذا الوجه من الثمن المتحصل من بيع المحصول المذكور بعد أداء الديون المتقدمة . خاصة - المبالغ المستحقة في مقابلة آلات الزراعة التى لم تنزل في ملكية المدين ، وتدفع من أثمانها بعد انقضاء القضاية والأجر .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين اصورى م ١١٢١ : ١ - المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعاً رتبة واحدة . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ - وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس الرتبة على هذه الآلات .

التقنين الليبى م ١١٤٦ : ١ - المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ - وكذلك تكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« الحقوق الممتازة ومحل الامتياز :

١ - المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب ،
وقد دخل السماد صراحة ، وهو محل خلاف فى التقنين الحالى (السابق) ،
والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ الأخرى المنصرفة فى أعمال الزراعة
والحصاد ، ومحل الامتياز هو المحصول الذى أنتجته أو حفظته هذه
الأشياء .

٢ - المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصرفات
إصلاح وتحسين ، ومحل الامتياز هو هذه الآلات .

مرتبة الامتياز : يأتى كل امتياز من هذين فى المرتبة الخامسة بعد
الامتيازات السابقة الذكر ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها « (١) » .

٦٩٥ - الحق الممتاز : الحق الممتاز هنا حقان لا حق واحد :

١ - المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد .

٢ - المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة .

٦٩٦ - المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد : وهى المبالغ

المنصرفة فى البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات

= التقنين العراقى م ١٣٧٣ : ١ - المبالغ المنصرفة للبذور والسماد وغيره من مواد التخصيب
المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز
على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه . ٢ - وتستوفى من ثمن المحصول مباشرة بعد المصروفات
القضائية والمبالغ المستحقة للتخزين ومصرفات الحفظ والإصلاح والمبالغ الموقعة بامتياز عام .
أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها . ٣ - وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات
الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١١ .

وجميع المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد^(١) .

والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد يدخل فيها مصروفات الري^(٢) ، وتطهير الترع ، وإصلاح آلات الري^(٣) ، وأجرة المواشي والحيوانات^(٤) ، وأجرة الآلات التي استعملت ، والمبالغ المستحقة للدرس الغلال ، والمبالغ المستحقة للشغالة والعمال والفعلة الذين اشتركوا في حرث الأرض وبذرهما وفي حصاد المحصول ودرسه وإدخاله^(٥) ، والتمن المستحق لبائع المذورات^(٦) ، ومصروفات البذور^(٧) ، والمبالغ المنصرفة في السهاد^(٨) وغيره من مواد التخصيب والمواد المتأومة للحشرات .

ويوجد الامتياز ، سواء كان الذي يستغل الأرض لحسابه هو مالك الأرض نفسه ، أو كان مستأجراً أو صاحب حق . انتفاع أو مقتصباً^(٩) . ويلحق بالديون التي يضمنها الامتياز المبالغ التي يقرضها بنك التسليف

(١) استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٤٣ .

() استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤ - استئناف أميرط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ جازيت ٢٦ رقم ٨٧ ص ٧٦ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٤٦٦ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٤٤٦ وفقرة ٤٦٩ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ - وأجرة العمال والشغالة ممتازة أيضاً امتيازاً عاماً على جميع أموال المدين .

(٦) والمذورات تشمل أنواع الزروع والتأوى .

(٧) دي هلنس فقرة ١٥١ .

(٨) اختلف في التقنين المدني السابق في السهاد ، وكان للرأى الغالب أن النص لا يشملها -

وقد همم التقنين المدني هذه المسألة ، فأورد السهاد صراحة في النص .

(٩) كولان وكاييتان ٢ فقرة ١١٠٨ - بودري ودي لوان فقرة ٤٦٥ - بلانيول

وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

الزراعى المصرى لنفقات الزراعة والحصاد ، والمبالغ المستحقة له ثمناً لشراء سماد (م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣١) .

ويثبت امتياز مصروفات للدائن الذى أقرض المزارع النفقات اللازمة لإنتاج المحصول ، بشرط أن يثبت أن النقود قد استُخدمت فعلاً فى إنتاج المحصول (١) .

٦٩٧ - المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة : يضمن الامتياز

ثمن آلات الزراعة ، ويضمن كذلك مصروفات إصلاحها ، ومصروفات تحسينها ، فالنص عام ويقول « المبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة » . وتشمل آلات الزراعة كل الآلات التى تستعمل فى حرث الأرض وتحضيرها للزراعة وربها وجنى المحصول ودرس الفلال وحفظ الثمار ونقلها فى داخل المزرعة .

وبالنسبة إلى ثمن الآلات الزراعية ، فهى تتمتع أيضاً بامتياز بائع المنقول ، ولكن هذا الامتياز الأخير يتأخر فى المرتبة كما سيأتى ، فيكون الأفضل التمسك بامتياز الآلات الزراعية لا التمسك بامتياز بائع المنقول (٢) .

ولكن بالنسبة إلى نفقات إصلاح الآلات الزراعية ، فلها مضمونة بامتياز نفقات الحفظ والترميم ، ويأتى فى المرتبة الثالثة أى قبل امتياز آلات الزراعة .

أما مصروفات الآلات الزراعية ، فلا يضمنها إلا هذا الامتياز الذى نحن بصدده :

٦٩٨ - كل الوضياء : وهنا أيضاً يكون محل الامتياز :

(١) استئناف مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠ - ٢١ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣١٩ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٢٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٥٢ ص ٥٦٧ .
(٢) بيدان وفواران فقرة ٥٢٦ .

١ - إما بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد .

٢ - أو بالنسبة إلى المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .

٦٩٩ - محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد :

محل الامتياز هنا هو المحصول الذي ساهمت هذه الأعمال في إنتاجه .

ولا يقع الامتياز على ثمن الأرض إذا نزلت ملكية^(١) ، ولا على ثمن آلات الزراعة ، بل ولا على المحصول الذي يصبح عقاراً بتسجيل التنبية^(٢) .

ولا يقع الامتياز على المحصول إلا بعد جنيهه . لأن الحصول قبل الحني يعتبر عقاراً^(٣) .

وإذا كانت المبدورات تنتج محاصيل متكررة في سنين متتالية ، كما في زراعة القصب ، فالامتياز يقع على كل المحاصيل^(٤) .

ولا يشترط في ورود الامتياز على المحصول بدء الحصول في ملك المدين أو في حوزته^(٥) .

٧٠٠ - محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المنحقة في مقابل آلات الزراعة :

محل الامتياز هنا هو آلات الزراعة نفسها ، وليس المحصول .

وإذا خصصت آلات الزراعة لخدمة الأرض فصارت عقاراً بالتخصيص فإن ذلك لا يزيل عنها الامتياز الواقع عليها . ولكن إذا ارتفعت الأرض ومعها

(١) استئناف مخطط ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٢٣ .

(٢) استئناف بمخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ - محمد كامل مرسى

فقرة ٤٣٥ .

(٣) استئناف بمخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ - محمد كامل مرسى

فقرة ٤٣٥ - سليمان مرقس فقرة ٣٥٢ ص ٥٦٨ .

(٤) محمد كامل مرسى فقرة ٤٣٥ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٥٢ ص ٥٦٩ .

آلات الزراعة ، فإن الدائن المرتهن إذا كان حسن النية يتقدم حق رهنه على امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة^(١) .

٧٠١ - مرتبة المصنار : والامتياز هنا ، سواء بالنسبة إلى أعمال الزراعة والحصاد أو بالنسبة إلى آلات الزراعة ، يأتي في المرتبة الخامسة ، بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم وحقوق الامتياز العامة .
وإذا تزامنت مصروفات الزراعة فيما بينها ، بالنسبة إلى المحصول ، فإنها تستوفي بنسبة كل منها .

كذلك إذا تزامنت مصروفات آلات الزراعة ، كالثمن ومصروفات الإصلاح ومصروفات التحسين . فيما بينها ، بالنسبة إلى آلات الزراعة ، فإنها أيضاً تستوفي بنسبة كل منها .

« ولا يمكن أن تتزاحم مصروفات الزراعة مع مصروفات الآلات الزراعية لأن نخل الأول هو المحصول ، ونخل الثانية هو آلات الزراعة ، كما سبق القول .

§ ٢ - امتياز المؤجر

٧٠٢ - نص قانوني : نصت المادة ١١٤٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - أجرة المبنى والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي » .

« ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر

(١) سليمان مرند فقرة ٣٥٤ ص ٧١ .

أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها . وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » .

« ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإنجاز من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر » .

« ٤ - وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر . إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية » .

« ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه . ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة . بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير مدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا وقع المؤجر عليها حجزاً استجفاً في المعيار القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الملئ الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . تحت رقم ١٢٠٧ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٢ - ص ٣١٦) .

التفتين الملئ السابق م ٦٥١ البند السادس / ٧٢٧ البند الخامس : أجرة العقار وأجرة الأطنان وكل ما هو مستحق للمؤجر من هذا القبيل ، وتدفع بعد ما ذكر من ثمن جميع المفروشات -

« وبمجرد الموجودة باليهوت المتأجرة ومن ضمن محصولات السنة التي لم تزل مملوكة للمتأجر ولو كانت موضوعة بخارج الأراضي المتأجرة .

التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٢٢ : ١ - أجرة المبانى والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار

إن قلت من ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز هل ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمتأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى . ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجته المتأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المطلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمتأجر الثانوى إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الثانوى . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمتأجر الأصل في ذمة المتأجر الثانوى في الوقت الذي يندره فيه المؤجر . ٤ - وتستوفى هذه المبالغ المتأخرة من ضمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة هل الرهن من محارضة المؤجر أو هل غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق المتأخرة ، بئى الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها . إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استخفافياً في المحاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علنى أو بمن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري .

التقنين الليبى م ١١٤٧ : ١ - أجرة المبانى والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار

إن قلت من ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز هل ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمتأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى . ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجته المتأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المطلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . ٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمتأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمتأجر الأصل في ذمة المتأجر من الباطن في الوقت الذي يندره فيه المؤجر . ٤ - وتستوفى هذه المبالغ المتأخرة من ضمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز -

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« الحق الممتاز : كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار من
أجرة لا تزيد على سنتين وتعويض ، وغير ذلك .

محل الامتياز : المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة . إذا اعتقد المؤجر
بحسن نية أنها مملوكة للمستأجر . وتدخل أيضاً منقولات الزوجة ، ومنقولات
المستأجر من الباطن . هذا إذا اشترط المؤجر عدم الإيجار من الباطن ، فان
لم يشترط فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصل
فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى يندره فيه المؤجر . وهذا أيضاً عدا

من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية
لضمان الحقوق الممتازة ، بى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى
كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث
سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حرجاً استحقاقياً فى الميعاد الثانوى - ومع ذلك
إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو عن يتجر فى مثلها ،
وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى .

التقنين المراقى م ١٣٧٤ : ١ - أجرة المباني والأراضي الزراعية ، ثلاث سنوات ،
أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر المؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، لما جيباً حق
امتياز هل ما يكون موجوداً فى العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن
محصول زراعى . ٢ - وينتفع حق الامتياز على المنقولات والمصولات المملوكة للمستأجر من
المستأجر الأصل إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم إيجار - فإذا لم يشترط
ذلك ، فلا يثبت حق الامتياز إلا على المبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصل فى ذمة المستأجر
منه فى الوقت الذى يندره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الأصل . ٣ - وإذا نقلت
الأموال المثقاة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم
منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان المبالغ الممتازة ، بى - حق الامتياز قائماً على الأموال
التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ - وتستثنى
هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز ، بعد الديون الواردة فى المراد السابقة ،
إلا ما كان من هذه الديون غير ثابتة فى حق المؤجر باعتباره حائراً حسن النية .

المنقولات المسروقة أو الضائعة ، فلاصحابها استردادها في ثلاث سنوات .
 وإذا نقلت هذه المنقولات من العين المؤجرة بغير رضا المؤجر ولم يبق بالعين
 ما يني بالمستحق ، بقي الامتياز قائماً عليها إلى ثلاث سنوات من نقلها ، فإذا
 كسب الغير عليها حقاً فانه لا ينفذ في حق المؤجر إذا كان هذا قد أوقع
 حجزاً استحقاقياً في مدة ثلاثين يوماً من نقلها . لكن إذا بيعت في
 سوق عمومي أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على
 المؤجر أن يرد الثمن . والأصل أن نقل هذه المنقولات بدون رضا
 المؤجر يعتبر سرقة للمرهون ، ولذلك تطبق قواعد الحيازة في
 المنقولات المسروقة .

مرتبة الامتياز : هي السادسة بعد حقوق الامتياز السابقة الذكر ، إلا
 ما كان منها لا ينفذ في حق المؤجر لحسن نيته ، كما إذا اشترى آلة زراعة
 ولم يدفع ثمنها وأدخلها في الأرض المؤجرة دون أن يعلم المؤجر أن ثمنها
 لم يدفع «(١)» .

وسنشرح امتياز المؤجر ، وقد سبق أن بحثنا هذا الموضوع في عقد
 الإيجار (الجزء السادس من الوسيط المجلد الأول) . لذلك سنجعل شرحنا
 هنا متمشياً مع ما سبق أن قدمناه في امتياز المؤجر ، لكننا سنتبع هنا نفس
 الترتيب الذي مرنا عليه في سائر حقوق الامتياز ، فتكلم في الحق الممتاز ،
 ثم في محل الامتياز ، ثم في مرتبة الامتياز .

١ - الحق الممتاز

٧٠٣ - هو المؤجر الناشئ من عقد إيجار صحيح : الحق الممتاز هو
 كل حق للمؤجر ، ينشأ من عقد إيجار صحيح .

فيجب أولاً أن يوجد عقد إيجار صحيح . فإذا كان عقد الإيجار باطلاً ،

(١) مجموعة الأعمال العنصرية ٧ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ .

أو قابلاً للإبطال وأبطل ، أو صورياً . فإنه لا يكون إيجاراً صحيحاً ، ولا يترتب عليه أى أثر .

كذلك إذا لم يوجد عقد إيجار أصلاً . كما إذا كان شاغل العقار مغتصباً إياه . فإنه لا يوجد حق ممتاز لأنه لا يوجد عقد إيجار .

ولا يشترط ، في احتجاج المؤجر بامتياره على دائي المستأجر ، أن يكون الإيجار ثابت التاريخ^(١) .

٧٠٤ - يجب أنه يكون محل الإيجار عقاراً : فمؤجر الآلات وغيرها من المنقولات لا يكون له امتياز^(٢) . وإذا وضع مالك المبنى في ميناء آلات وأجر المبنى مع الآلات ، فإنه لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الخاص بالمبنى دون الآلات^(٣) . وكذلك مؤجر الدور المفروشة لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الذى يقابل إيجار الدور خالية غير مفروشة . وما يقابل أجرة الفرش يكون ديناً عادياً^(٤) .

أما إيجار المباني والأراضي الزراعية فيعتبر إيجاراً لعقار ، والمباني والأراضي الزراعية المذكورة صراحة في النص (م ١١٤٣) .

بقيت الأرض النضاء . كإيجار أرض قضاء لإقامة معرض أو مخيم أو ملعب . وقد ترجمت كلمة (loyers) بأجرة المباني ، وانصحیح أنها أجرة كل عقار غير الأراضي الزراعية ، بما في ذلك أجرة الأرض النضاء . فيحسن الرجوع إلى الأصل ، واعتبار الأرض النضاء كالمباني ، ولمؤجر

(١) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ : ص ١٠٥ .

(٢) بودرى ودى اوان فقرة ٣٥٧ - دى ملتن فقرة ١٢٧ - جرانمولان فقرة ٦٥٥ .

(٣) بلايول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٥ .

(٤) عبد الصالح عبد الباقي فقرة ٥٩٤ - سليمان مرفس فقرة ٣٥٧ ص ٥٧٤ -

الأرض الفضاء امتياز مؤجر المباني ، وهذا هو الرأي الراجح (١).

٧٠٥ - الأجرة لا تُزبر على أجرة سنتين : وفيما يتعلق بالأجرة ،

الممتاز هو أجرة سنتين لا أكثر . فإذا كانت مدة عقد الإيجار أكثر من سنتين كان الممتاز هو أجرة السنتين . وإذا كانت مدة الإيجار أقل من سنتين ، كان الممتاز هو كل الأجرة ، كأن تكون المدة سنة واحدة فيكون الممتاز هو أجرة السنة .

وإذا كانت مدة الإيجار خمس سنوات مثلاً ، كان الحق الممتاز هو أجرة سنتين كما قدمنا . ولكن القانون لم يذكر أية سنتين ، هل هما السنتان السابقتان مباشرة على توزيع ثمن المنقولات التي يرد عليها الامتياز ؟ والرأي الراجح أنهما هما السنتان الأخيرتان من الأجرة الباقية في ذمة المستأجر . سواء كانتا هما السنتان السابقتان مباشرة على التوزيع ، أو كانتا غيرهما (٢) .

٧٠٦ - الحقوق المنارة الناشئة عن عقد الإيجار : ولا يقتصر الأمر

على الأجرة كحق ممتاز ، بل كل حق آخر للمؤجر نشأ عن عقد الإيجار يكون حقاً ممتازاً .

فيكون حقاً ممتازاً ، عدا الأجرة ، التعويضات المستحقة عن تلف العين المؤجرة (٣) ، أو المستحقة لاستعمال العين المؤجرة في غير ما أعدت له ، أو المستحقة عن فسخ العقد (٤) ، أو المستحقة عن عدم الوفاء بأي التزام آخر كالالتزام المستأجر بتعمير حديقة المنزل أو تغيير أرضية المنزل (٥) ، أو

(١) انظر محمد كامل مرسي فقرة ٤٤٤ - سليمان مرقس فقرة ٥٧٩ - ص ٥٧٥ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٣٥٨ ص ٥٧٩ - ص ٥٨٠ .

(٣) استئناف مصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٢ ص ٢٤ .

(٤) بلانبول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٦ .

(٥) بودري فقرة ٣٩٤ .

المستحقة بموجب شرط جزائي . كذلك يكون ممتازاً كل حق آخر أثبتته عقد الإيجار للمؤجر . كمصروفات المطالبة بالأجرة ، وكالتعويض عند الإيجار من الباطن ، وكالتعويض إذا أُلغى المستأجر حاجات أودعها المؤجر العين المؤجرة .

أما الديون التي لم تنشأ عن عقد الإيجار ، كالتعويض الذي يستحقه المؤجر في مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة أطول من مدة العقد ، أو في مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة عند فسخ عقد الإيجار ، أو القروض التي يعطيها المؤجر للمستأجر ، فهذه لا تكون حقوقاً ممتازة^(١) .

ب - محل الامتياز

٧٠٧ - المنقولات التي تجهز بها العين المؤجرة : مثل هذه المنقولات أثاث المنزل ، والكتب والملابس والأواني ، والعربات والسيارات ، وأدوات الخرفة ، والصور والتماثيل . والمحصولات الزراعية سواء كانت محصولات السنة أو غيرها وسواء كانت ناتجة من العين المؤجرة أو من غيرها . وذلك كله ما دامت هذه المنقولات موجودة في العين المؤجرة ، وقابلة للحجز عليها .

ولكن امتياز المؤجر لا يشمل المنقولات المعنوية ، ولا يشمل كذلك المنقولات المادية التي لا تعتبر العين المؤجرة مجهزة بها كالعتود والمصوغات والمجوهرات^(٢) .

ويرد الامتياز على المنقولات التي توجد في العين المؤجرة ، سواء

(١) انظر في الحق الممتاز الوسيط ٦ فقرة ٣٥٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ - محمد علي إمام فقرة ٤٥٣ - شمس الدين الوكيل

فقرة ٥٢٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٦٠ من ٥٨٣ .

وضعت عند بدء الإيجار أو وضعت بعد ذلك^(١) . ولكن يشترط ألا يكون وجودها عرضياً ، لأن الوجود العرصى ليس تجهيزاً^(٢) .

وقد نصت المادة ٥٨٨ مدني على أنه « يجب على كل من استأجر منزلاً أو مخزناً أو مكاناً مماثلاً لذلك أو أرضاً زراعية أن يضع في العين المؤجرة أثاثاً أو بضائع أو محصولات أو مواشى أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين ، هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت . ويعني المستأجر من هذا الالتزام إذا تم الاتفاق على هذا الإعفاء ، أو إذا قدم المستأجر تأميناً آخر » . ويسوغ للمؤجر طلب تنفيذ هذا الالتزام عيناً ، أو فسخ الإيجار مع التعويض .

ويشترط في ثبوت امتياز المؤجر على هذه المنقولات :

١ - بقاء المنقولات في العين المؤجرة : لأن امتياز المؤجر قام على فكرة الرهن الضمني ، فإذا نقل المستأجر المنقولات برضاء المؤجر أو بعلمه ودون اعتراض منه ، اعتبر المؤجر متنازلاً عن حق امتيازها عليها . ويبقى الامتياز قائماً إذا باع المستأجر أمتعته دون أن ينقلها من العين المؤجرة ، ولو علم المؤجر بالبيع ما دام لم يرض عنه^(٣) .

٢ - ملكية المنقولات للمستأجر : ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر . فإذا كان منها منقول مملوك لغير المستأجر ، فإن ذلك لا يمنع المؤجر من استعمال حق امتيازها على هذا المنقول^(٤) ، لأنه يتمسك بقاعدة

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٦٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ - محمد هـ إمام فقرة ٤٥٣ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٤٦٧ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٥٦ - محمد كامل مرمي فقرة ٤٤٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ - محمد هـ إمام فقرة ٣٥٣ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤٧١ .

(٤) استئناف مخاط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م

الحيازة في المنقول إذا كان حسن النية . فإذا كان المنقول ضائعاً أو مسروقاً ، جاز للمالكه أن يسترده في خلال ثلاث سنوات تالية لوقت الضياع أو السرقة .

٧٠٨ — المنقولات المملوكة لزوجة المتأجر : وتنص الفقرة الثانية

من المادة ١١٤٣ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة ازوجة المتأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » .

وظاهر أن المنقولات المملوكة للغير المتأجر . غير المنقولات المملوكة لزوجة المتأجر والمنقولات المملوكة للمتأجر من الباطن وسيأتي بيان حكمها تبعاً ، يفرض أن المؤجر حسن النية بالنسبة إليها . وأنه كان يعتقد وقت وضعها في العين المؤجرة أنها مملوكة للمتأجر . لذلك يستعمل المؤجر حق امتيازها عليها ، ما عدا المنقولات المسروقة أو الضائعة التي يستردها مالكها في خلال ثلاث سنين كما قدمنا . وذلك ما لم يثبت مالك هذه المنقولات أن المؤجر كان يعلم بملكه ذاك وقت وضعها في العين المؤجرة . وقد كتبنا في هذا الصدد ما يأتي : « وإن كانت المنقولات مملوكة للغير ، فهنا يجب التمييز بين فرضين : إما أن يعتقد المؤجر بحسن نية وقت وضع المنقولات في العين المؤجرة أنها مملوكة للمتأجر . وفي هذه الحالة يثبت له عليها حق الامتياز ، بشرط ألا تكون مسروقة أو ضائعة وإلا ثبت للمالك الحقيقي الحق في استردادها في مدى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ، ويكفي أن يتوافر حسن النية وقت دخول المنقولات في العين المؤجرة . وإما أن يثبت الغير أن المؤجر كان يعلم وقت وضع المنقولات في العين المؤجرة أنها غير مملوكة للمتأجر وفي هذه الحالة لا يكون للمؤجر حق امتياز عليها » (١).

أما عن المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر ، فقد سبق أن كتبنا ما يأتي : « فإن كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر ، فهناك قرينة على أن الزوجة عند ما رُضيت بوضع منقولات مملوكة لها في عين استأجرها زوجها قد قبلت ضمناً أن تكون هذه المنقولات ضامنة للأجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . أما إذا لم ترد الزوجة ذلك ، فعليها أن تنفي هذه القرينة بإعلانها للمؤجر أن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وأنما لا تريد بوضعها في العين أن تكون ضامنة للأجرة ، حتى لا يعول المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع منقولات أخرى ضمناً للأجرة . وهذا كله على فرض الأخذ بقرينة أن الجهاز ملك المرأة المسلمة ، فإذا استطاعت أن تسرد أثاث المنزل بفضل هذه القرينة نجد نفسها أمام قرينة أخرى هي رضاؤها الضمني بأن يكون الأثاث ضمناً للأجرة ، فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر . أما عند غير المسلمين فليست هناك قرينة على أن الجهاز ملك الزوجة ، ولذلك يستعمل المؤجر حق امتياز على المنقولات باعتبارها ملكاً للمستأجر نفسه » (١).

ويؤخذ من ذلك أنه عند غير المسلمين ، يفرض أن الجهاز ملك للزوج لا للزوجة ، وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل حق امتياز على المفروشات حتى تثبت الزوجة أن الجهاز ملكها وأنها لم ترض بأن يكون ضمناً للأجرة وأن المؤجر كان يعلم كل ذلك وقت وضع الجهاز في العين المؤجرة ، وعندئذ لا يكون للمؤجر حق امتياز على الجهاز . وقد قضى بأن المتعارف عادة لدى الطوائف المسيحية هو أن تكون منقولات المنزل ملكاً للزوج لا لزوجته ، وعلى من يدعى شيئاً بخلاف ذلك أن يثبته (٢).

أما عند المسلمين ، فالمرأة المسلمة لها أن تملك بقرينة أن الجهاز ملكها ،

(١) الوسيط ٦ ص ٥٠٤ .

(٢) مسر الوطنية اجتماعي ٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٣ .

والمؤجر أن يتمسك بأن الزوجة قد رضيت رضاء ضمناً بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة عندما رضيت دون تحفظ بوضعه في العين المؤجرة . والقاضي يقضى للمؤجر بصحة امتياز أخذاً بالقريفة التي تجعل الزوجة راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة . ما لم تثبت الزوجة أنها لم ترض فعلاً بذلك وأنها كانت تعتقد أن ذلك كافٍ وتجهل كل إخلال القريفة التي تجعلها راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة .

٧٠٩ - المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن : وتنص الفقرة

الثالثة من المادة ١١٤٣ مدني . كما رأينا ، على ما يأتي : « ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والخصومات المملوكة للمستأجر من الباطن . إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبائع التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينشأ فيه المؤجر » .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) المؤجر اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن : وبالرغم من هذا الشرط . حصل الإيجار من الباطن . ولم يقره المؤجر ، فلا يجوز الاحتجاج على المؤجر بهذا الإيجار من الباطن الممنوع ، ويقع امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن وقوعه على منقولات المستأجر الأصلي كما لو لم يكن هناك إيجار من الباطن^(١) . ولكن إذا ثبت أن المؤجر كان يعرف وقت دخول المنقولات العين المؤجرة أنها ليست مملوكة للمستأجر الأصلي ، كان له من الحقوق عليها نفس الحقوق التي تكون على المنقولات من الغير والتي توضع في الأماكن المؤجرة^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠

م ٢ ص ٢١٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٣ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢

ص ٢١٣ - بيدان فقرة ٣٥٧ هامش ١ بودري ودي لوان فقرة ٣٧٥ .

(الفرض الثانى) المؤجر لم يشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن :
 فيكون للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ومحصلاته بقدر
 ما يكون المستأجر من الباطن ملزماً به قبل المستأجر الأصلى فى الوقت الذى
 ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن .

٧١٠ - نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة : وتنص

الفقرة الخامسة من المادة ١١٤٣ مدنى : كما رأينا ، على ما يأتى : « وإذا
 نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر
 أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ،
 بى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه
 الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير
 لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً
 فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية
 فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن
 يرد الثمن إلى هذا المشتري » .

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز
 من العين المؤجرة ، على غير علم من المؤجر أو بالرغم من معارضته ، بحيث
 لا يبقى فى العين ما يكفى لضمان الحقوق الممتازة ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً
 على الأموال التى نقلت لضمان هذه الحقوق .

فإذا ثبت للغير حسن النية حق على هذه المنقولات ، كأن اشتراها
 مشتر حسن النية لا يعلم بحق الامتياز الذى يثقلها ، فلا تخلو الحال من أحد
 فرضين : إما أن يكون المؤجر قد أوقع على هذه المنقولات حجزاً استحقاقياً
 فى خلال ثلاثين يوماً من يوم نقلها ، وفى هذا الفرض يبقى حق الامتياز
 قائماً لمدة ثلاث سنوات من يوم النقل ، وتنقل ملكية المنقولات إلى المشتري
 مثقلة بهذا الحق . ويعمل ذلك بأن المنقولات التى أخرجت من العين المؤجرة

خلصة أو بالرغم من معارضة المؤجر تكون في حكم المنقولات المسروقة ، وهذا ما يسمى بسرقة الرهن (vol de gage) . ومن المعروف أن قاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » لا محل للتمسك بها في حالة المنقولات المسروقة . وذلك ما لم يكن المشتري قد اشترى المنقولات في سوق عام أو في مزاد علني أو بمن يتجر في مثلها . فعندئذ يجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى المشتري . أو أن يكون المؤجر لم يوقع على المذولات حجزاً استحقاقياً أو وقعه بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً . وفي هذا الفرض تخلص للمشتري ملكية المنقولات خالية من الامتياز .

وقياساً على ما تقدم ، إذا أخرج المستأجر منقولاته من العين المؤجرة خلصة أو بالرغم من معارضة المؤجر ، ووضعها في عين أخرى استأجرها كذلك ، وأوقع المؤجر الأول الحجز الاستحقاقى على المنقولات في خلال ثلاثين يوماً من نقلها ، فإن حق امتياز به يتقدم على حق امتياز المؤجر الثانى ولو كان هذا الأخير حسن النية^(١).

٧١١ - من حبس المنقولات : ونص المادة ٥٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق في أن يمنع في نقلها . فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه ، كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية . مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق » .

« ٢ - وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شؤون

(١) انظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٥٩ .

الحياة ، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تنفي بضمان الأجرة وفاء تاماً » .

ويتمشى حق المؤجر في الحبس مع حق الامتياز المقرر له ، من حيث الحق الممتاز ومن حيث محل الامتياز . ولما كان الحبس من موضوعات عقد الإيجار ، فتكتفى بالإحالة فيه إلى الجزء السادس من الوسيط (١) .

٧١٢ - توقيع الحجز التحفظي : ولم يكتف المشرع بإعطاء المؤجر

حق امتياز على منقولات المستأجر وحقاً في حبس هذه المنقولات ، بل دعم هذين الحقين بحق ثالث هو حق توقيع الحجز التحفظي على هذه المنقولات . ويفضل هذا الحجز التحفظي يستطيع المؤجر أن يجعله في الحبس متجاً ، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو استردادها إذا أخرجت . وبفضله أيضاً يستطيع المؤجر أن يجعل حق الامتياز متجاً ، إذ لولاه لاستطاع المستأجر أن يتصرف في المنقولات لحائز حسن النية فيتملكها ويضيق بذلك على المؤجر حق امتياز ، أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر . وهذا أيضاً من موضوعات عقد الإيجار ، فتكتفى بالإحالة على الجزء السادس من الوسيط (٢) .

ج - مرتبة الامتياز

٧١٣ - المرتبة السادسة : ومرتبة امتياز المؤجر هي المرتبة السادسة ،

بعد المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات الحفظ والترميم ، وحقوق الامتياز العامة ، ومصروفات الزراعة والآلات الزراعية .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٢ .

(٢) الوسيط ٦ فقرة ٢٦٤ - فقرة ٢٦٦ .

٧١٤ - استثناء الحقوق غير النافذة في حق المؤجر : ويجب استبعاد الحقوق غير النافذة في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية من بين الحقوق الخمسة التي تقدم ذكرها . وهي التي تقدم امتياز المؤجر . فامتياز الحفظ والترميم مثلاً ، وإن كان يتقدم امتياز المؤجر ، إلا أن امتياز المؤجر يتقدمه إذا دخلت العين التي حفظت أو رمت المكان المؤجر دون أن يعلم المؤجر أن هذه العين بثقلها حق امتياز الحفظ والترميم .

§ ٣ - امتياز صاحب الفندق

٧١٥ - نص قانوني : نصت المادة ١١٤٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته . »

« ٢ - ويترفع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا يكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة ، ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندق ما دام لم يستوف حقه كاملاً . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . »

« ٣ - ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٦ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية طليقة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٣ =

= ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .
التقنين المدني السابق م ٦٠١ البند الثامن / ٧٢٧ البند التاسع : المبالغ المستحقة لأصحاب
 الطائرات من السائحين النازلين فيها ، وتدفع من ثمن الأشياء المودعة لهم فيها .
التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٢٣ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل من أجرة
 الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، لما امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق
 أو ملحقاته . ٢ - ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن
 صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأمتعة
 مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه ، ما دام لم يستوف
 حقه كاملاً . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها
 دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . ٣ - ولا امتياز لصاحب الفندق نفس المرتبة التي
 لامتياز المؤجر .

التقنين الليبي م ١١٤٨ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل من أجرة
 الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها للنزيل في
 الفندق أو ملحقاته . ٢ - ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت
 أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة
 مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه ، ما دام لم يستوف
 حقه كاملاً . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً
 دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . ٣ - ولا امتياز لصاحب الفندق نفس المرتبة
 التي لامتياز المؤجر ، فإذا تراحم الحماق قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير فافذ بالنسبة
 إلى الآخر .

التقنين العراقي م ١٣٨٥ : ١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل من أجرة
 الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها حق امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في
 الفندق أو ملحقاته . ٢ - ويقع حق الامتياز حتى على الأمتعة غير المملوكة للنزيل ، إذا
 لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك
 الأمتعة مستحصلة من جريمة أو ضائعة . ٣ - وإذا نقلت الأموال المشقة بحق الامتياز من
 الفندق على الرغم من معارضة صاحبه أو دون علمه ، بقى حق الامتياز قائماً على الأموال التي
 نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ - وامتياز
 هذه للديون له نفس المرتبة التي لامتياز للديون المستحقة للمؤجر ، فإذا تراحم الامتيازان قدم
 الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر بسبب الحياة المقرنة بحسن النية .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي . في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« الحق الممتاز : المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن الإقامة والمؤونة وما يصرف لحسابه ، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه وكذلك ما أعطى له قرضاً ، وذلك عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة . وقد يكون النزيل من نفس البلد . ولذلك نجنب المشرع كلمة سائح .

محل الامتياز : الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو في مكان ملحق ، ويدخل في الأمتعة أجهزة . ويثقل الامتياز الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل . ما دام صاحب الفندق لا يعلم أنها مملوكة لغيره ، هذا ما لم تكن مسروقة أو ضائعة فلصاحبها أن يستردها في ثلاث سنوات . وإذا نقلت المتعلقات بغير رضا صاحب الفندق كان له أن يستردها ، إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذاً قبله . وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاق كالمؤجر .

مرتبة الامتياز : هي نفس مرتبة المؤجر . فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر . فإذا أخرج المسافر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها في فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة ، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً في الميعاد . فإن امتياز المؤجر وهو الأسبق في التاريخ هو الذي يقدم . أما إذا لم يحجز المؤجر ، فإن امتياز لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير . كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته ووضعها في عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازاه مقدماً ، لأن امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق في التاريخ ، لا ينفذ في حقه » (١).

٧١٦ - الحق الممتاز : وهذا الامتياز خاص بأصحاب الفنادق ، فلا ينطبق على أصحاب المقاهي ، ولا على أصحاب المطاعم ، ولا على أصحاب الحانات . والمهم أن يقدم صاحب الفندق مأوى للنوم ، سواء قدم طعاماً أو غير ذلك أو لم يقدم . والذين يقدمون الطعام ، أو الشراب ، دون المأوى ، غير المأوى ، غير ممتازين^(١) . أما أصحاب المنازل المفروشة فقد اختلف في شأنهم . فبعض يرى أن لهم امتيازاً وإن لم يقوموا بتقديم الطعام^(٢) ، وبعض يرى أنه لا يكون لهم الامتياز المؤجر^(٣) ولا يكون لهم امتياز صاحب الفندق إلا إذا قبلوا كل من يتقدم إليهم وقاموا أيضاً بتقديم الطعام لأن المنزل المفروش يعتبر عندئذ فندقاً^(٤) .

والحق الممتاز هو ما يستحق لصاحب الفندق أجره للمأوى ، وثلث الطعام والشراب وسائر المؤن التي تقدم للنزيل ولتوابعه الذين يحضرون معه والحيوانات التي يحضرها ، وما أعطى للنزيل قرضاً^(٥) .

والنزيل هو السائح والمسافر وكل من ينزل الفندق ولو كان من نفس البلد . ولذلك تجنب القانون كلمة سائح^(٦) .

ولا يضمن الامتياز إلا المبالغ المستحقة من النزيل في أثناء إقامته الحالية ، لا في المرات السابقة^(٧) . ولا لهم المدة ، ولو كانت طويلة^(٨) .

- (١) جيوار فقرة ٤٢٤ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩١ هامش ٧٦ ثالثاً - بودري ودي لوان فقرة ٥٤٢ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ - جرانمولان فقرة ٧١١ .
- (٢) هيك ١٣ فقرة ١٠٥ - لوران ٢٩ فقرة ٥٠٩ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩١ هامش ٧٦ ثالثاً - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١١٢ - بودري ودي لوران فقرة ٥٤٣ .
- (٣) دي هلتس فقرة ١٤٣ .
- (٤) جيوار فقرة ٤٢٦ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ .
- (٥) مذكرة المشروع التمهيدي فقرة ٧١٥ .
- (٦) مذكرة المشروع التمهيدي فقرة ٧١٥ .
- (٧) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩١ هامش ٧٩ - بودري ودي لوران فقرة ٥٤٨ - بلال وريبير وبيكيه فقرة ١٦٨ .
- (٨) محمد كامل مرسى فقرة ٤٦٦ ص ٦١١ .

٧١٧ - محل الامتياز : ويقع الامتياز على الأمتعة والأشياء التي

يحضرها النزيل معه ، وما يخضره توابع النزيل من زوجة وأولاد وخدم^(١) .
وقد تكون هذه الأشياء مملوكة لآخرين ، فيقع عليها الامتياز مع ذلك ما دام
صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أنها مملوكة للنزيل ولأتباعه^(٢) . أما إذا
كان يعرف الحقيقة ، أو كانت الأشياء مسروقة أو ضائعة حيث يسردها
مالكها في ثلاث سنوات فلا امتياز عليها^(٣) .

وأمثلة الأمتعة التي يحضرها النزيل وتوابعه في الفندق أو ملحقاته
الملابس (عدا ما يكون عليه) والبضائع والمجوهرات والعربات والسيارات
والخيل والحيوانات الأخرى والنقود وما يأتي به النزيل في أثناء إقامته^(٤) .
ولكن لا يقع الامتياز على السندات وسائر المنقولات غير المادية لأنها لا تعتبر
أمتعة^(٥) .

وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاق كالمؤجر ، وإذا نقلت
المنقولات بغير رضائه كان له أن يسردها إلا إذا كسب الغير حقاً يكون
نافذاً قبله .

ويفقد صاحب الفندق امتيازَه على الأشياء التي ينقلها النزيل من الفندق ،
ولو خفية ، ولكن إذا سرقت الأمتعة من الفندق كان لصاحب الفندق أن
يسردها ولو كان الذي انتقلت إليه حسن النية^(٦) . ولصاحب الفندق الحق
في حبس أمتعته النزيل^(٧) .

(١) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٩١٥ - بلانيول
وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٧ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٨ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٦ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

(٦) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

(٧) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

٧١٨ - مرتبة الامتياز : هي نفس مرتبة امتياز المؤجر ، أى المرتبة السادسة : وإذا تراحم الحثان ، قدم الأسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها فى فندق صاحبه حسن النية لا يعلم أن هذه الأمتعة مثقلة بامتياز المؤجر ، ولم يحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً فى الميعاد ، قدم امتياز صاحب الفندق .

كذلك إذا أخرج الزيل أمتعته من الفندق ووضعها فى عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتياز المؤجر هو المقدم (١) .

٧١٩ - هو التبع : وإذا خرجت الأمتعة من الفندق برضاء صاحب أو بعلمه ، انقضى الامتياز . أما إذا خرجت دون علم صاحب الفندق ، أو بالرغم من معارضته ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها ، ويجوز لصاحب الفندق تتبعها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية .

§ ٤ - امتياز بائع المنقول

٧٢٠ - نص قانونى : نصت المادة ١١٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ - ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

« ٢ - ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقوله ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب

(١) انظر فى ذلك آنفاً فقرة ٧١٥ .

الفندق إذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٧ من المشروع التمهيدي . وعلمته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التفسير المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٠ - ص ٣٢٢) .

التقنين المدني السابق م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند السادس : فمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المذموم من غير المشتري بعقد ذي تاريخ ثابت توجه رسمي المخصص لأداء الشئ المذكور تخصيصاً صريحاً ، ويكون امتياز هذا وهذا على الشئ المبيع ما دام في ملك المشتري إذا كان منقولاً ، مع عدم الإخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية . فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على التوجه الصحيح . ولا يخفى منقضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التي ترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٢٤ : ١ - ما يستحق لبائع المنقول من الشئ وملحقاته ، يكون له امتياز على الشئ المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . - ٢ - ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين الليبي م ١١٤٩ : ١ - ما يستحق لبائع من الشئ وملحقاته ، يكون له امتياز على الشئ المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . - ٢ - ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين العراقي م ١٣٧٦ : ١ - ما يستحق لبائع المنقول من الشئ وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ، ويبقى حق الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية ، ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالقضايا التجارية . - ٢ - ويكون حق الامتياز هذا تالياً في المرتبة مباشرة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، فى خصوص هذا النص ،
ما يأتى :

« الحق الممتاز : ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصرفات ، وكذلك
ما أقرض للمشتري وحل المقرض محل البائع باتفاق معه ، ولم ينص المشروع
على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة . ولا يدخل فى نطاق الامتياز التعويض ،
أو أى دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم (وهذا بخلاف ما ذكر
بالنسبة لعقد الإيجار فى امتياز المؤجر) .

محل الامتياز : المنقول المبيع ما دام محتفظاً بذاتيته ، ولم يكسب عليه
الغير حقاً ينفذ قبل البائع ، وما دام المشتري لم يفسد وإلا خرم البائع الامتياز
والفسخ طبقاً لقواعد القانون التجارى .

مرتبة الامتياز : يأتى هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة ، ويسرى
فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كان هذان يعلمان به « (١) .

٧٢١ - الحق الممتاز : فى جميع أحوال بيع المنقول التى لم يدفع فيها
الثمن كله أو بعضه ، سواء كان المنقول المبيع مادياً أو معنوياً (٢) . وينشأ
بمجرد نقل المبيع إلى المشتري ، وبقاء جزء من الثمن فى ذمة المشتري .

ويضمن الامتياز ثمن المبيع أو الباقي منه ، وملحقاته كنفقات المطالبة
بالثمن والفوائد والمصرفات التى يكون البائع قد عجلها لحساب المشتري .
ولا يضمن غير الثمن والملحقات المستحقة بعقد البيع ، فلا يضمن
التعويضات كما امتياز المؤجر .

ولا يثبت الامتياز لبائع ملك الغير ، ولا لبائع الأشياء المثلية قبل نقل
ملكيتها بفرزها ، ولا لبائع المنقول المفروز الذى احتفظ البائع بملكه إلى
سواد جميع ثمنه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢١ - ص ٣٢٢ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥١٣ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٩ .

وتعتبر حوالة الحق في حكم البيع ، وكذلك الوفاء بمقابل إذا وجب على الدائن أن يدفع للمدين فرقاً ، وكذلك المقايضة بالنسبة إلى فرق القيمة .

٧٢٢ - محل الامتياز : ويقع الامتياز على المنقول المبيع ، سواء كان مادياً أو معنوياً .

ويبقى المنقول المبيع محلاً للامتياز : ما دام محتفظاً بذاتيته^(١) . فإذا أضع المنقول معالته الأصلية : كأن يصنع الدقيق خبزاً أو تصنع الحنطة دقيقاً أو أدمج المنقول في عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فإن الامتياز يزول^(٢) . أما إذا تغيرت حالة المنقول دون أن يفقد ذاتيته ، كما إذا صنع الخشب أثاثاً أو حبك القماش ثوباً أو صار المنقول عقاراً بالتخصيص ، فإن ذلك لا يمنع بقاء الامتياز عليه^(٣) .

٧٢٣ - مرتبة الامتياز : وللامتياز مرتبته السابقة . بعد امتياز المؤجر وصاحب الفندق . فإذا كان المؤجر أو صاحب الفندق يعلم بامتياز بائع المنقول وقت وضع المنقول عنده ، فإن امتياز بائع المنقول يتقدم على امتياز المؤجر أو صاحب الفندق .

٧٢٤ - هو التبع : ويتبع البائع المنقول في أى يد يكون ، بعد احترام الحقوق التي كسبها الغير عليه بحسن نية . وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة مستقلة ، كما إذا باع مشري المنقول إلى مشر ثان وتسلم المشتري الثاني المنقول وهو حسن النية^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥١٢ - الإصكندرية مستعجل ١٤ مارس سنة ١٩١٠ الهامة ٢٠ رقم ٥١٣ ص ١٢٢٩ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٥١٢ - استئناف مخطوط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥١١ .

وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة تبعية ، كما إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ورهن مع العقار الأصلي فإن حق الدائن المرهن ، إذا كان هذا حسن النية ، يتقدم على امتياز بائع المنقول (١) .

§ ٥ - امتياز المتقاسم في المنقول

٧٢٥ - نص قانوني : نصت المادة ١١٤٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل . »

« ٢ - وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ » (٢) .

(١) انظر في هذا الامتياز بصفة عامة : استئناف مخطط ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ م ٢٦ ص ٢٥٦ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ٤٢٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٨ من المشروع التمهيدى . وعدته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين - توري م ١١٢٥ : ١ - للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وما تقرر لهم فيها من معدل .
٢ - وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ .

التقنين الليبي م ١١٥٠ : ١ - للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .
٢ - وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تراحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

« الحق الممتاز : الالتزامات التي تنشأ من عقد القسمة وهي ثلاثة : ضمان الاستحقاق والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية . وامتيار المتقاسم في المنقول استحدثه المشروع . ولا يوجد في التقنين الحالي (السابق) .

محل الامتياز : الحصة المقررة التي وقعت في نصيب كل متقاسم مرتبة الامتياز : هي مرتبة امتياز البائع ، فإذا تراخا قدم الأسبق . فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع ، وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم » (١) .

٧٢٦ - الحق الممتاز : يسرى هذا الامتياز في كل قسمة ، ودية أو قضائية ، كلية أو جزئية . وأياً كان مصدر الشروع الإرث أو غيره . وبضمن الامتياز :

١ - معدل القسمة (soulte) . فهو الفرق ما بين الحصص وجب ، بعقد القسمة .

٢ - ثمن التصفية (licitation) . إذا بيع المنقول بالمزاد بين الشركاء . فالراسي عليه المزاد يصبح مديناً لكل شريك آخر بقدر نصيب هذا في المنقول ، وبضمن نصيبه امتياز المتقاسم . أما إذا بيع المنقول لأجنبي غير شريك ، فإن هذا يكون بيعاً ، فيه امتياز البائع .

= التقنين المراقى م ١٣٧٧ : ١ - إذا انقسم الشركاء منقولا شائداً بينهم ، فتح كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له من معدل يكون مضموناً بحق امتياز كل جميع الحصص المقررة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء . ٢ - ولحق الامتياز هذا نفس المرتبة التي لامتياز الديون المستحقة للبائع ، فإذا تراخى الامتياز ان قدم الأسبق في التاريخ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٢ .

٣ - التعويض الذى يثبت للمتقاسم الذى استحققت حصته للغير بسبب سابق على التسمية (م ١/٨٤٤ مدنى) .

٤ - الفوائد التى يستحقها المتقاسم عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة .

٧٢٧ - محل الامتياز : الحصص المفروزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم .

٧٢٨ - مرتبة الامتياز : ويأتى هذا الامتياز فى المرتبة السابقة ، مع امتياز البائع .

فإذا بيع منقول ثم اقتسم بين المشترين ، قدم امتياز بائع المنقول على امتياز المتقاسم ، لأن امتياز بائع المنقول أسبق .

وإذا اقتسم منقول ثم باع المتقاسمون حصصهم المفروزة ، قدم امتياز المتقاسم على امتياز بائع المنقول ، لأن امتياز المتقاسم أسبق .

الفصل الثانى

حقوق الامتياز الخاصة

الواقعة على عقار

٧٢٩ - حقوق الامتياز الخاصة العقارية : هذه ثلاثة :

١ - امتياز بائع العقار .

٢ - امتياز المهندسين والمقاولين .

٣ - امتياز المتقاسم فى العقار .

وقد نصت المادة ١/١١٣٤ مدنى على ما يأتى : « تسرى على حقوق

الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه

طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو^(١) .

ونتابع دراسة حقوق الامتياز الخاصة العقارية متعاقبة .

§ ١ - امتياز بائع العقار

٧٣٠ - نص قانوني : تنص المادة ١١٤٧ ملني على ما يأتي :

١ - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .

٢ - ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً ، وتكون مرتبته من وقت القيد^(٢) .

(١) النظر استئناف مخطط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٨ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الحكم إذ نفي وجود حق امتياز الطامن لم ينهر حق امتياز بالقر اكتفاء بتسجيل حكم مرسى المزا ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا يخالف فيه للقانون (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أ ل ٢٥ هاماً ١ ص ٣٩٥ رقم ٢٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٩ من المشروع التمهدي (وأضأت لجنة للمراجعة فقرة ثالثة لقيد حقوق الامتياز على العقار المبيع وقت العمل بالقانون ، ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ١١٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ ، بعد حذف الفقرة للزائدة لورود حكمها في قانون الشهر العقاري تحت رقم ١١٤٧ (مجموعة الأحوال التحضيرية ٧ ص ٣٢٥ - ٣٢٧) .

التعين المذني السابق م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند الخاص : فمن المبيع المستحق البائع أو المبلغ المدفوع من غير المشتري بمقد في تاريخ ثابت بوجه رسمي التخصيص لأداء الثمن المذكور تخصيصاً صريحاً ، ويكون امتياز هذا وهذا على التمهيد السابق مادام في ملك المشتري إذا كان متقولاً ، مع عدم الإخلال بالأصول المطلقة بالمواد التجارية . فإذا كان للمبيع مقاراً ، كان منه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح . ولا يجري مقتضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التي تترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التعينات الملزمة المبرمة الأخرى :

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتى :-

« الحق الممتاز : سبق بيانه في امتياز بائع المنقول .

محل الامتياز : العقار المبيع .

مرتبة الامتياز : يجب القيد ولو كان البيع مسجلاً ، وقد تلا في المشروع
بإيجاب القيد نقصاً معروفاً في التقنين الحالى (السابق) . ومرتبة الامتياز
بحددها القيد « (١) .

٧٣١ - الحق الممتاز : يكون هذا الامتياز لبائع العقار . ويترتب
على كل بيع حاصل بمحرر رسمى أو عرفى (٢) . بالمزاد أو بصفة ودية (٣) .
ويضمن الامتياز ثمن العقار المبيع أو الباقي منه ، وملحقاته من فوائد (٤)
ومن مصروفات (٥) ، ولو حرر بها المشتري سندات تحت إذن البائع بشرط
أن يذكر في عقد البيع تحرير هذه السندات (٦) ، ولا يعتبر تحرير السندات

= التقنين السورى م ١١٢٦ : ١ - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له
امتياز على العقار المبيع . ٢ - ويجب أن يقيد الامتياز ، وتكون له رتبته من وقت القيد .
التقنين الليبى : لا شيء .

التقنين المراقى م ١٣٧٨ : ١ - ما يستحق لبائع العقار أو مفرغه من الثمن وملحقاته
له حق امتياز على العقار المبيع أو المفرغ . ٢ - ويجب ذكر حق الامتياز في سجل الطابو ،
وتكون مرتبته من وقت التسجيل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ٥٧٤ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٢ ص ٢٨١ .

(٣) بودرى ودى لوان فقرة ٥٧٤ - پلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٢٦ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ - استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٠٥

ص ٣٩٢ .

(٥) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ - شفيق شحاته ٣ فقرة ١٨٨ .

(٦) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ .

تجديداً للدين^(١) . ويضمن الامتياز الثمن ولو كان لإيراداً مؤبداً ، أو لمدى الحياة . وينشأ الامتياز بقوة القانون^(٢) ، فإذا احتفظ البائع بالملكية إلى حين استيفائه فلا يكون له حق الامتياز .

وإذا أخذ الشفيع المبيع بالشفعة ، حل محل المشتري ، ويكون للبائع في هذه الحالة حق امتياز البائع^(٣) .

ومتى كان المبيع عقاراً ، فيستوى أن يكون مادياً أو معنوياً^(٤) ؛ ولا يكون ممتازاً إلا ثمن العقار الذي يجوز بيعه بالمراد ، كالعقار نفسه أو حق الانتفاع به ، وليس حق الارتفاق لأنه لا يجوز بيعه بالمراد استقلالاً^(٥) .

وإذا استحق البائع قبل المشتري غير الثمن والفوائد والمصروفات ، فإن ما يستحقه من ذلك لا يكون ممتازاً . كالتعويض عن فسخ البيع والتعويض الذي يحكم به للمقايض في مقابل العقار الذي تسلمه في المقايضة إذا استحق لشخص آخر^(٦) . ولكن الامتياز يضمن زيادة الثمن التي يحكم بها للتناقص ، في حالة بيع عقاره بغير فاحش^(٧) . ويضمن أيضاً الذي يقترض المشتري مبلغاً ليدفع به ثمن العقار ، إذا ذكر ذلك في عقد القرض وفي عقد البيع^(٨) .

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٠٥ .

(٢) استئناف مخطوط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٧ - ٣٥ مارس سنة ١٩٤٧

م ٥٩ ص ١٥٧ .

(٣) شفيق شحاتة ٣ ص ١٧٢ هامش ٣ .

(٤) بلانبول وريبير وبيكيه فقرة ٦٣٢ .

(٥) جرانمولان فقرة ٧٤٣ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٣٢ - سليمان مرقس فقرة

٣٨٨ ص ٦٢٧ .

(٦) نقد مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ - جرانمولان

فقرة ٧٤٠ .

(٨) دي هلتس في البيع فقرة ٢٦٠ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٩١ .

(٨) بلانبول وريبير وبيكيه فقرة ٦٤٥ - دي هلتس فقرة ٨٢ - فقرة ٨٣ .

ويعتبر في حكم البيع الوفاء بمقابل والمتايضة إذا كان الموفى له أو أحد المتقايضين ملزماً بدفع فرق ، فيعتبر هذا الفرق في حكم ثمن البيع ويكون مضموناً بالامتياز^(١) ، وكذلك بيع العقار على الشيوع بالمراد لعدم إمكان قسمته إذا رسا المراد على أجنبي^(٢) .

٧٣٢ - محل الامتياز : يقع الامتياز على العقار المبيع ، سواء كان ملكية أو حق انتفاع . وسواء كان المبيع مالا مفرزاً أو حصة شائعة ، وسواء كان بناء أو أرضاً فضاء أو أرضاً زراعية^(٣) . ويشمل الامتياز الماحقات ، كالعقارات بالتخصيص والمنشآت والتحسينات والثمار من وقت تسجيل نزع الملكية^(٤) .

ويرد الامتياز على كل العقار ، ولو كان أكثر من الثمن .
وإذا باع المتفع حق الانتفاع وباع المالك الرقبة ، فبائع حق الانتفاع لا يكون له امتياز إلا على هذا الحق ولو آلت الرقبة إلى مشري حق الانتفاع . أما بائع الرقبة فيرد امتيازها على الملكية كاملة ، لو آل حق الانتفاع إلى الرقبة^(٥) .

٧٣٣ - مرتبة الامتياز : ويجب قيد الامتياز ، ولو كان عقد البيع مسجلاً .

(١) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ - بيدان وقواران فقرة ٥٩٤ .

(٢) بلانبول وريير وبيكه فقرة ٦٢٦ . وقد قضى بالألا امتياز للمتقايض إلا فيما يعتبر فيما ، لأن الامتياز حق استثنائي لا يقاس عليه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ الهامة ٢٢) .

(٣) جرانمولان فقرة ٧٤٢ .

(٤) استئناف غنط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٩ .

(٥) بلانبول وريير وبيكه فقرة ٦٢٦ .

ويعين مرتبة الامتياز تاريخ قيده .

وإذا بيع العقار مرات متوالية وبقى لكل من البائعين جزء من الثمن ، فإن البائع الأول يتقدم عنمن يتلو ، بشرط أن يكون قد شهر امتيازهم قبلهم^(١) .

§ ٢ - امتياز المهندسين والمقاولين

٧٣٤ - نص قانوني : تنص المادة ١١٤٨ مدني على ما يأتي :

١٥ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بشرط ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد^(٢) .

(١) بلانيول وريبير ويكيه فقرة ٦٤٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩٠ من المشروع التمهيدي . وهدت لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه قمت رقم ١٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩) .

التقنين المدني السابق م ٦٠٣ / ٧٢٩ : المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري م ١١٢٧ : ١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون رتبته من وقت القيد .

التقنين الليبي م ١١٥١ : ١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارسين الذين عهد إليهم بتشيد أبنية أو منشآت أخرى أو بإعادة تشييدها أو بترميمها أو بصيانتها ، يكون لها

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ،
ما يأتي :

« الحق الممتاز : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارين
لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فزيد المشروع على
التقنين الحالي (السابق) مصروفات البناء . ويتلافى بذلك نقصاً معروفاً في
التقنين الحالي « السابق » .

محل الامتياز : ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال وبني قائماً إلى
وقت بيع العقار . بخلاف مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع
على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات ، وقد تقدم
ذكر ذلك .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتحدد المرتبة من وقت
القيد (١) .

٧٣٥ - الحق الممتاز : يشمل الحق الممتاز مصروفات البناء
وإعادة البناء ، كما يشمل مصروفات الترميم والصيانة ، في حين أن التقنين
السابق كان يشمل مصروفات الترميم والصيانة دون مصروفات البناء
وإعادة البناء .

= امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت
التصرف فيه . ٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

التقنين العراقي م ١٣٧٩ : ١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارين الذين عهد
إليهم تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها لها حق امتياز على
هذه المنشآت ، بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ - ويجب
تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها ، وتسجيل الامتياز في دائرة
الطابو بناء على هذا السند . وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل . ٣ - وفيما يتعلق
بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الأعمال
إذا شملها الرهن ، سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ .

والنص مقصور على المتاولين والمهندسين الممارسين .

فلا يستفيد منه مستأجر العقار أو حائزه أو النضوى إذا قام أى منهم بالبناء أو بالترميم أو بالصيانة . كما لا يستفيد منه العامل الأجير إذا لم يكن مهندساً معمارياً أو متاولاً . ولكن العامل له امتياز عام هو امتياز الأجراء ، ولا يثبت الامتياز للمقاول أو المهندس الممارى الذى يقوم من تلقاء نفسه بأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة . بل يجب أن يعهد إليه صاحب العمل بذلك . وصاحب العمل يكون عادة هو المالك ، ولكن يصح أن يكون مستأجراً ، أو صاحب حق انتفاع . أو دائئاً مرتبها رهن حيازة ، أو واضع اليد .

والامتياز مقصور على المبالغ المستحقة للبناء ، أو إعادة البناء ، أو الترميم ، أو الصيانة . ويرد ذلك على الأبنية ، والطرق ، والآبار ، والمناظر ، وغير ذلك من أعمال التشييد . ولا ينحصر فى أصل المبالغ ، بل يمتد أيضاً إلى الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ (١) .

ولكن الامتياز لا يضمن إلا التشييد وما يلحق به كالترميم والصيانة ، فهو لا يضمن إصلاح الأراضى الزراعية والمراوى والمصارف وتخفيف البرك (٢) .

٧٣٦ - محل الامتياز : ويرد الامتياز لا على المال كله كما فى ترميم الممتلكات ، بل على ما زاد فى قيمة العقار بسبب الأعمال وبني قائماً إلى وقت البيع (٣) .

(١) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٩٢ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٦٠٠ - پلانپول وريبير وبيكيه فقرة ٦٦٠ - شفيق شحاته

٣ فقرة ١٩٢ - محمد على إمام فقرة ١٨١ .

(٣) پلانپول وريبير وبيكيه فقرة ٦٦٤ - محمد كامل مرسى فقرة ٤٩٩ - سليمان

مرسى فقرة ٢٩٥ ص ٦٣٥ .

ويقدر القاضى مقدار الزيادة التى يباشر عليها الامتياز وقت البيع ، وله أن يستعين فى ذلك بخبراء .

ويقتصر الامتياز على جزء من ثمن العقار يقابل ما هو باق وقت بيعه من قيمة الزيادة التى حصلت بسبب الأعمال .

ومضى عين قدر الزيادة على هذا الوجه ، فهذه الزيادة تضمن كل جزء من استحقاق المهندس أو المقاول ، وكذلك كل استحقاق المهندس أو المقاول مضمون بكل جزء من هذه الزيادة .

٧٣٧ - شهر الامتياز : ويقيد هذا الامتياز ويكون القيد بموجب قائمة كفاية الرهن أو الاختصاص . يبين فيها مقدار الدين الممتاز . ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائى .

وينجب أن تكون هذه المستندات مصدقاً فيها على توقيع المدين .

٧٣٨ - مرتبة الامتياز : وإذا أجرى القيد ، كانت مرتبة الامتياز من وقت إجرائه .

وإذا تزامن الامتياز مع أى حق عينى آخر على العقار ، قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهره .

وإذا نشأ الامتياز بسبب أعمال أجريت فى عقار مرهون ، فإن المادة ١٠٣٦ مدنى تقضى بأن امتداد الرهن إلى ما يلحق العقار المرهون من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك مقيد بعدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ، ولو أن الرهن أسبق فى تاريخ القيد (١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٤٢ - محمد حل إمام فقرة ٤٨٣ - سليمان مرقص فقرة ٢٩٦ ص ٦٣٨ .

٣٨ - امتياز المتقاسم في العقار

٧٣٩ - نص قانوني : تنص المادة ١١٤٩ مدني على ما يأتي :

« للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يشهر هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد»^(١).
وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى : في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

« الحق الممتاز : سبق بيانه في امتياز المتقاسم في المنقول :

محل الامتياز : الحصة المقررة التي وقعت في نصيب كل متقاسم ، كما في المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩١ من المشروع التمهيدى . وعلمه لجنة المراجعة تمديلاً لفظياً طفيفاً حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٦٥٣ في المشروع الثانى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٠ - ص ٢٣١) .

التقنين المدنى السابق م ٦٠٢ / ٧٢٨ : للشركاء الذين اقتسموا عقاراً شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك على ذلك العقار تأميناً لحقوقهم في رجوع بعضهم على بعض في القسمة ، ويثبت لهم هذا الامتياز بالتسجيل في قلم كتاب المحكمة بغير اقتضاء لشرط خاص . ويجرى مقتضى الامتياز على حسب الدرجة التي ترتبت له بالتسجيل .

التقنينات المدنية المربية الأخرى :

التقنين الدورى : لا شئ .

التقنين الابسى : لا شئ .

التقنين المرقى م ١٣٨٠ : ١ - إذا اقتسم الشركاء عقاراً شائعاً بينهم ، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفى استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المقررة متى وقعت في نصيب باقى الشركاء . ٢ - ويجب تسجيل حق الامتياز هذا في دائرة الطابو ، وتكون مرتبته من وقت التسجيل .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتحدد المرتبة من وقت القيد^(١) .

٧٤٠ - الحق الممناز : يضمن الامتياز حقوق كل من المتقاسمين في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، ويستوى في ذلك أن تكون القسمة كالية أو جزئية ، ودية أو قضائية ، عيناً أو بطريق التصفية . ويشمل ذلك :

- ١ - معدل القسمة^(٢) .
- ٢ - ثمن التصفية ، أى الثمن الذى يرسو به المزاد على أحد المتقاسمين لعدم إمكان القسمة عيناً^(٣) .
- ٣ - التعويض الذى يستحقه أحد المتقاسمين لدى المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق^(٤) .
- ٤ - الفوائد عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة^(٥) .

٧٤١ - محل الامتياز : فيما يتعلق بمعدل القسمة : على العقار الذى دفع فى نصيب المتقاسم الملزم بدفع المعدل^(٦) .
وفما يتعلق بثمن التصفية ، على العقار الذى بيع بالمزاد إلى أحد المتقاسمين^(٧) .

- (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢١ .
- (٢) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٢ .
- (٣) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ .
- (٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٤ .
- (٥) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ . وانظر ذلك فى قصة المنقول آنفاً فقرة ٧٢٦ .
- (٦) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٧ - كولان وكاينان ٢ فقرة ١١٥٥ - چوسران ٢ فقرة ١٧٦٠ .
- (٧) بيدان وفواران فقرة ٥٩٨ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٩٥٦ .

وفىما يتعلق بضمان الاستحقاق ، على جميع العقارات التى حصلت قسمها بمقدار حصة المتقاسم الأصلية فى الشروع .

٧٤٢ - شهر الامتياز : يجب قيد هذا الامتياز ، ولو كان عقد القسمة مسجلا .

ويكون القيد بموجب قائمة فيبين فيها مقدار معدل القسمة أو ثمن مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية ، ويرفق بها عقد القسمة أو محضر مرمى المزااد .

٧٤٣ - مرتبة الامتياز : ومنى قيد الامتياز ، كانت مرتبته بحسب تاريخ قيده .

تم بعون الله تعالى

فهرس

صفحة

١	بيان
٣	التأمينات الشخصية والتأمينات العينية
٣	كلمة تمهيدية
٣	الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين
٤	الضمان العام للدائن لا يكفي
٦	التأمينات الخاصة - تأمينات شخصية وتأمينات عينية
٧	مقومات التأمينات الخاصة
٩	قسمان لهذا الجزء العاشر

القسم الأول

التأمينات الشخصية

١٣	تمهيد
١٣	ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية
١٤	تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية
١٤	رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور في القانون التجارى
١٥	أنواع التأمينات الشخصية
١٧	حطة البحث في الكفالة
١٨	مقدمة
١٨	التعريف بالكفالة - نص قانونى

صفحة	
٢٢	التطور التاريخي للكفالة
٢٤	خصائص عقد الكفالة
٢٨	الالتزام بتقديم كفيل - نص قانوني
٣٦	ما استحدثه التقنين الجديد في خصوص الكفالة

الفصل الأول - أركان الكفالة

٣٧	المبحث الأول - الالتزام الأصلي المكفول
٣٨	§ ١ - الالتزام الأصلي المكفول في ذاته
٣٨	مصدر الالتزام المكفول ومحلله
٣٩	كفالة الالتزام الصحيح - نص قانوني
٤٢	كفالة الالتزام الباطل
٤٣	كفالة الالتزام القابل للإبطال - نص قانوني
٥٠	كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل - نص قانوني
٥٥	كفالة الالتزام الطبيعي
٥٨	§ ٢ - الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل
٥٨	تعبية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول
	التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبثاً من الالتزام
٥٨	المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون - نص قانوني
٦٣	شعور الكفالة للملحقات للالتزام المكفول - نص قانوني
	كفالة الدين التجاري تعتبر ٤٦ مدنياً فيما عدا استثناءات
٦٧	معينة - نص قانوني
٧٠	المبحث الثاني - الاتفاق بين الكفيل والدائن (عقد الكفالة)
٧٠	طرفا الكفالة الكفيل والدائن دون المدين - نص قانوني
٧٣	التراضي بين الكفيل والدائن

صفحة

شكل الكفالة	٧٥
إثبات الكفالة - نص قانوني	٧٨
عيوب الرضاء في الكفالة	٨٢
الكفالة المتعلقة على شرط أو المقرنة بأجل	٨٣
لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعد الكفالة	٨٤
مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة	٨٥

الفصل الثاني - آثار الكفالة

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن والعلاقة فيما بين الكفيل والمدين	
وبينه وبين الملزمين بالدائن	٨٩
المبحث الأول - العلاقة فيما بين الكفيل والدائن	٨٩
الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن	٨٩
المطلب الأول - الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء	
آخرين	٩٠
مَنْ يطالب الدائن الكفيل	٩٠
بماذا يطالب الدائن الكفيل - التقسيم - نص قانوني	٩٢
تعدد الكفلاء بعقد واحد	٩٣
تعدد الكفلاء بعقود متوالية	٩٦
الدفع التي يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عايه	٩٧
الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً - نص قانوني	٩٧
تمسك الكفيل بالدفع التي يحتج بها المدين - نص قانوني	١٠٦
الدفع الخاصة بالكفيل	١١١
الدفع بالتجريد - نص قانوني	١١٢
شروط الدفع بالتجريد	١١٥

صفحة

- الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد - نص قانوني ... ١٢٥
- صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العيني
- قبل التنفيذ على أموال الكفيل - نص قانوني ... ١٢٩
- ما يلتزم به الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل -
- نص قانوني ... ١٣٤
- كفيل الكفيل - نص قانوني ... ١٣٦
- المطلب الثاني : الكفيل متضامن مع المدين أو مع كزلاء آخرين ١٣٩
- تضامن الكفيل مع المدين - نص قانوني ... ١٣٩
- تضامن الكفلاء فيما بينهم ... ١٤٥
- الكفيل المتضامن والكفيل العادي - حرمان الكفيل
- المتضامن من حق التجريد - نص قانوني ... ١٤٦
- الكفيل المتضامن والمدين المتضامن - أوجه الدفع التي
- يستطيع أن يحتج بها كل منها - نص قانوني ... ١٤٨
- المبحث الثاني - العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين
- بالدين ... ١٥٥
- المطلب الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين ... ١٥٥
- الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .. ١٥٥
- § ١ - رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ... ١٥٦
- نصوص قانونية ... ١٥٦
- أى كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ... ١٥٩
- الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية ... ١٦١
- الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين
- بالدعوى الشخصية ... ١٦٧

صفحة

- ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية إذا
وفى الكفيل المدين كاملاً ١٧٢
- ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى الدعوى الشخصية
إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين ١٧٨
- § ٢ - رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ١٨٠
- نص قانونى ١٨٠
- أى كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين ١٨١
- الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين
بدعوى الحلول ١٨٢
- ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول إذا
وفى الدين كاملاً ١٨٥
- ما الذى يرجع به الكفيل على المدين فى دعوى الحلول
إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين ١٩٠
- موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية ١٩٢
- § ٣ - رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين ١٩٣
- نص قانونى ١٩٣
- مدينون متضامنون ضمهم الكفيل جميعاً ١٩٤
- مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم ١٩٥
- المطلب الثانى : العلاقة فيما بين الكفيل والملتزمين بالدين ... ١٩٩
- المتصود بالملتزمين بالدين ١٩٩
- § ١ - رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفلاء الشخصيين
الذين كفوا بالدين معه ٢٠٠
- نص قانونى ٢٠٠
- الحالة الأولى - تعدد الكفلاء وانقسام الدين بينهم ... ٢٠١

صفحة

الحالة الثانية - تعدد الكفلاء مع التضامن أو التضامن فيما بينهم	٢٠٢
رجوع الكفيل الذى وفى الدين على كل من الكفلاء	
الآخرين - أساس هذا الرجوع	٢٠٣
شروط هذا الرجوع	٢٠٥
مقدار ما يرجع الكفيل به	٢٠٦
§ ٢ - رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العيى وعلى	
الحائز للعقار	٢٠٩
رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الكفيل العيى	٢٠٩ ...
رجوع الكفيل الذى وفى الدين على الحائز للعقار	٢١١ ...

الفصل الثالث - انقضاء الكفالة

انقضاء الكفالة بطريق تبعى وانقضاؤها بطريق أصلى	٢١٣ ...
المبحث الأول - انقضاء الكفالة بطريق تبعى	٢١٣
كيف ينقضى الدين المكفول	٢١٣
انقضاء الدين المكفول بالوفاء	٢١٤
انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل - نص قانونى	٢١٥ ...
انقضاء الدين المكفول بالتجديد	٢١٩
انقضاء الدين المكفول بالمقاصة	٢٢٢
انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة	٢٢٥
انقضاء الدين المكفول بالإبراء	٢٢٧
انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ	٢٣٠
انقضاء الدين المكفول بالتقادم	٢٣١
انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله	٢٣٣
المبحث الثانى - انقضاء الكفالة بطريق أصلى	٢٣٤

صفحة

كيف تنقضى الكفالة بطريق أصلي	٢٣٤
المطلب الأول - انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول	
بسبب من أسباب انقضاء الالتزام	٢٣٤
أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول	٢٣٤
انقضاء التزام الكفيل باتخاذ الذمة	٢٣٦
انقضاء التزام الكفيل بالإبراء	٢٣٦
انقضاء التزام الكفيل بالتقادم	٢٣٨
المطلب الثاني - أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها	
أوجه ثلاثة خاصة بالكفالة	٢٣٩
١ - براءة ذمة الكفيل بتقدير ما أضاعه الدائن بخطأه من	
الضمانات	٢٤٠
نص قانوني	٢٤٠
الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم	٢٤١
الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل	٢٤٣
الخطأ الذي يرتكبه الدائن	٢٤٤
الضمانات التي يضيعها الدائن بخطأه	٢٤٥
الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل	٢٤٧
٢ - براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد	
المدين	٢٤٩
نص قانوني	٢٤٩
لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ	٢٥١
وجوب إنذار الكفيل للدائن	٢٥٣
ما الذي يترتب على إنذار الكفيل للدائن	٢٥٤

صفحة

٢٥٥	٣ - عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين
٢٥٥	نص قانونى
٢٥٦	إفلاس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول

القسم الثانى

التأمينات العينية

٢٦١	تمهيد
٢٦١	كيف يتقدم الدائن ذو التأمين العينى على الدائن العادى
٢٦٣	الفروق ما بين الرهون وحقوق الامتياز
٢٦٥	ظهور الرهون الرسمية على المنقولات

الباب الأول - الرهن الرسمى

٢٦٥	التأمينات العينية فى التقنين المدنى المصرى
٢٦٨	تعريف الرهن الرسمى - نص قانونى
٢٧٠	خصائص حق الرهن الرسمى
٢٧١	الرهن الرسمى حق عينى عقارى
٢٧١	الرهن الرسمى حق تبعى
٢٧٣	الرهن الرسمى حق غير قابل للتجزئة
٢٧٤	خطة البحث

الفصل الأول - إنشاء الرهن الرسمى

٢٧٦	الشكل والموضوع
٢٧٧	المبحث الأول - إنشاء الرهن الرسمى من ناحية الشكل

نص قانونى	٢٧٧
أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمى وإنشاء هذا العقد	
لحق رهن رسمى	٢٨٠
المقصود بالرسمية فى هذا الصدد	٢٨١
الجزاء على تخلف الرسمية	٢٨٢
إبرام عقد الرهن الرسمى خارج مصر	٢٨٣
نفقات عقد الرهن الرسمى	٢٨٥
التوكيل فى الرهن الرسمى	٢٨٦
الوعد بالرهن الرسمى	٢٨٨
المبحث الثانى - إنشاء الرهن الرسمى من ناحية الموضوع	٢٩٠
تطبيق القواعد العامة	٢٩٠
خطة البحث	٢٩٣
المطلب الأول - الراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته لتصرف فيه	٢٩٤
نص قانونى	٢٩٤
١ - ملكية الراهن للعقار المرهون	٢٩٥
وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون	٢٩٥
رهن ملك الغير - نص قانونى	٢٩٧
رهن ملك الغير فى التقنين المدنى الفرنسى	٢٩٩
رهن ملك الغير فى التقنين المدنى المصرى السابق	٣٠١
بطلان بيع ملك الغير فى التقنين المدنى المصرى الجديد	٣٠٢
رهن الملك المستقبل - نص قانونى	٣٠٨
رهن المالك الظاهر	٣٠٩
رهن المشترى للعقار قبل تسجيل عقد شرائه	٣١٢

مرفعة

رهن الوارث قبل سداد ديون التركة ٣١٣

رهن من تقرر بعد الرهن لإبطال سند ملكيته أو فسخه

أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر - نص قانوني ... ٣١٤

رهن العقار الشائع - نص قانوني ٣٢٢

رهن جميع الشركاء للعقار الشائع ٣٢٣

رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع ٣٢٨

رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع ٣٣٢

رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع ٣٣٤

§ ٢ - أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون وأهلية الدائن

المرتهن ٣٣٦

وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون ... ٣٣٦

أهلية المدين الراهن ٣٣٧

أهلية الدائن المرتهن ٣٤٠

الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن ٣٤٢

الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن ٣٤٤

الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني ٣٤٤

المطلب الثاني - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن

حيث الالتزام المضمون ٣٤٦

كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن ٢٤٦

§ ١ - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ٣٤٨

نص قانوني ٣٤٨

وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التكامل فيه ويجوز

بيعه بالمزاد العلني ٣٤٩

سنة

- تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ٣٥٣
- شمول الرهن للملحقات العقار المرهون - نص قانوني ... ٣٥٥
- شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار - نص قانوني ٣٦٢
- رهن المباني القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً - نص قانوني ٣٦٥
- § ٢ - تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون ٣٦٨
- وجوب تحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً ٣٦٨
- كيفية تحديد الدين المضمون - نص قانوني ٣٦٩
- عدم قابلية الرهن للتجزئة - نص قانوني ٣٧٣
- عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون - نص قانوني ٣٧٨

الفصل الثاني - آثار الرهن الرسمي

- آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ٣٨٢
- الفرع الأول - آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين ٣٨٢
- آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن وفيما يتعلق بالدائن
- المرتبهن ٣٨٢
- المبحث الأول - آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن ٣٨٣
- § ١ - التزامات الراهن ٣٨٣
- الزامان ٣٨٣
- إنشاء الراهن لحق الرهن ٣٨٣
- ضمان الراهن لسلامة حق الرهن - نص قانوني ٣٨٦
- هلاك العقار المرهون أو تلفه - نص قانوني ٣٨٨
- حلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه
- محل العقار المرهون حلولاً عينياً - نص قانوني ٣٩٢

صفحة

٣٩٥	٢ § - سلطة الراهن على العقار المرهون
٣٩٥	عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته في الرهن الرسمي
٣٩٦	حق الراهن في التصرف في العقار المرهون - نص قانوني
٣٩٩	التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل
٤٠٠	التصرف في العقارات بالتخصيص
٤٠٢	حق الراهن في استغلال العقار المرهون - نص قانوني
٤٠٥	إيجار العقار المرهون ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن - نص قانوني
٤٠٩	قبض الأجرة مقدماً أو الجحالة بها ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن - نص قانوني
٤١١	بيع الثمار قبل جنبها
٤١٣	حق الراهن في استعمال العقار المرهون
٤١٤	المبحث الثاني - آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالدائن المرتهن
٤١٤	نصوص قانونية
٤١٦	تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذي له
٤١٨	التنفيذ على الكفيل العيني
٤٢١	بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء
٤٢٤	بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات
٤٢٦	الفرع الثاني - أثر الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير
٤٢٦	ما هو المقصود بالغير هنا
		يجب قيد الرهن الرسمي أولاً حتى يستطيع الدائن المرتهن استعمال حق التقدم وحق التبعية بالنسبة إلى الغير -

صفحة:

نص قانوني	٤٢٨
المبحث الأول - قيد الرهن الرسمي	٤٣١
نص قانوني	٤٣١
§ ١ - إجراء القيد	٤٣٤
وجوب قيد الرهن حتى يكون حجة على الغير	٤٣٤
اختلاف القيد عن التسجيل	٤٣٦
أين يجري القيد	٤٣٧
طالب القيد	٤٣٧
ضد من يكون القيد	٤٣٩
تقديم طلب القيد والتأشير على المحرر بصلاحيته للشهر	٤٤٠
البيانات القانونية الواجب ذكرها في قائمة القيد	٤٤٢
الدائن	٤٤٣
المدين	٤٤٣
مسند الدين	٤٤٤
الدين المضمون	٤٤٤
العقار المرهون	٤٤٦
جزاء عدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون	٤٤٧
جزاء تخلف بعض البيانات الأخرى أو الخطأ فيها	٤٤٧
الحوادث التي تقف لإجراء القيد أو تمنع نفاذه	٤٥١
الإفلاس	٤٥٣
تسجيل تنبيه نزع الملكية	٤٥٦
الإعسار	٤٥٨
موت الراهن	٤٦١

صفحة	
٤٦٣	ما يضمنه القيد الأصلي من المصروفات
٤٦٤	ما يضمنه القيد الأصلي من الفوائد
٤٦٨	التقيد المصححة
٤٦٨	٢ - تجديد القيد
٤٦٨	وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات
٤٦٩	حساب الميعاد في تجديد القيد
٤٧٠	الحكمة في التجديد
٤٧١	جزاء التجديد
٤٧١	جزاء عدم التجديد
٤٧٣	إجراءات التجديد
	تجديد القيد واجب حتى في أثناء الإجراءات التي تتخذ
٤٧٥	لنزع ملكية العقار المرهون
٤٧٦	وجوب تجديد الحائز لقيد الرهن
٤٧٧	الفرق بين القيد الأصلي وتجديد القيد
٤٧٨	مصروفات التجديد
٤٧٨	التأشير على هامش القيد
٤٨١	٣ - محو القيد وإلغاء المحو
٤٨١	محو القيد
٤٨١	طريقان للمحو
٤٨٢	المحو الاختياري
٤٨٤	المحو القضائي
٤٨٥	كيف يكون المحو
٤٨٥	ما يترتب على المحو

مصرفات المحو	٤٨٦
إلغاء المحو بعد حصوله	٤٨٧
الدعوى القضائية بإلغاء المحو	٤٨٨
الدعوى دائماً ضرورية في إلغاء المحو - مصرفات	
الدعوى	٤٨٨
إجراء إلغاء المحو - التأشير الهامشي	٤٨٩
ما يترتب على الحكم بإلغاء المحو	٤٨٩
مرتبة الدائن الذى محى قيده ثم ألغى المحو	٤٩٠
المبحث الثانى : استعمال حق التقدم وحق التبع	٤٩٢
متى يستعمل حق التقدم والتبع	٤٩٢
المطلب الأول : حق التقدم	٤٩٢
ترتيب الدائنين	٤٩٢
§ ١ - الدين المضمون	٤٩٤
الدين المضمون بالرهن يشمل أولاً أصل الدين	٤٩٤
الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلية	٤٩٥
الإيراد المرتب مدى الحياة	٤٩٧
ملحقات الدين المضمون بالرهن - نص قانونى	٤٩٨
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن آخر	
مرتهن رهناً رسمياً	٤٩٩
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن له حق	
امتياز عام	٥٠٠
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن مزود	
بتأمين عقارى خاص	٥٠١

عدم إضرار النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير	
مشروع بالدائن المتوسط	٥١٩
المطلب الثاني : حق التبعية	٥٢١
نص قانوني	٥٢١
شروط الحائز للعقار المرهون	٥٢٣
مباشرة التبعية في مواجهة الحائز للعقار المرهون	٥٢٥ ...
ماذا يفعل الحائز - سريان الرهن في مواجهة الحائز	٥٢٦
وجود الدين وسلامته	٥٢٦
الوسائل التمانونية المعطاة للحائز	٥٢٧
§ ١ - قضاء الديون	٥٢٨
نص قانوني	٥٢٨
متى يكون قضاء الدين أفضل	٥٢٩
ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين	٥٣٠
متى يجب الدفع - نص قانوني	٥٣٠
حلول الحائز محل الدائن	٥٣٢
رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق	٥٣٢
متى يجبر الحائز على دفع الدين - نص قانوني	٥٣٣ ...
إجبار الحائز على دفع الديون إذا كان في ذمته مبلغ	
يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدين	٥٣٥
اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع	٥٣٦
§ ٢ - تطهير العقار	٥٣٧
نص قانوني	٥٣٧
متى يختار الحائز التطهير	٥٤٠

صفحة

مزايا التطهير وعبوبه	٥٤١
أربع مسائل رئيسية في التطهير	٥٤١
(١) من يجوز له التطهير	٥٤٢
يجوز التطهير للحائض	٥٤٢
المالك تحت شرط	٥٤٣
الملتزم شخصياً بالدين	٥٤٤
حق الرقبة وحق الانتفاع	٥٤٥
تسجيل سند الحائض	٥٤٥
ميعاد التطهير	٥٤٦
(ب) عرض الحائض وقبوله	٥٤٧
إعلان الدائنين المقبدين وعرض قيمة العقار	
عليهم - نص قانوني	٥٤٧
المبلغ الذي يقدره الحائض قيمة للعقار المرهون	٥٤٩
العرض الحقيقي غير واجب - نص قانوني	٥٥٢
ما يترتب على ما يقع في الإعلان من نقص	
أو خطأ	٥٥٣
إلى من يوجه العرض	٥٥٥
في أى مكان يكون العرض	٥٥٥
في أى وقت يكون العرض	٥٥٦
قبول العرض .	٥٥٧
التزام الحائض في حالة قبول العرض .	٥٥٨
توزيع قيمة العقار على الدائنين في حالة قبول	
العرض - نص قانوني	٥٥٩

منحة

(ح) عرض الحائز ورفضه - بيع العقار بالمزاد ... ٥٦٠

خيار الدائنين - نص قانوني ٥٦٠

رفض العرض ٥٦٢

كيف يكون رفض العرض - نص قانوني ... ٥٦٢

بيع العقار بالمزاد - نص قانوني ٥٦٥

رسو المزاد على الحائز ٥٦٦

رسو المزاد على غير الحائز ٥٦٨

(د) متى يمتنع التطهير - مصروفاته ٥٧١

متى يمتنع التطهير ٥٧١

مصروفات التطهير ٥٧٣

§ ٣ - تخلية العقار ٥٧٤

الغرض من التخلية ٥٧٤

من له الحق في التخلية ٥٧٥

مبعاد التخلية ٥٧٨

إجراءات التخلية - نص قانوني ٥٧٨

الرجوع عن التخلية بعد تقريرها ٥٨١

ما يترتب على التخلية ٥٨١

آثار التخلية ٥٨٢

بعد التخلية ٥٨٣

§ ٤ - تحمل إجراءات نزع الملكية ٥٨٣

نص قانوني ٥٨٣

التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون ... ٥٨٥

إنذار الحائزين بدفع الدين أو تخلية العقار ... ٥٨٥

صفحة

- اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز ٥٨٧
- ما يترتب على إنذار الحائز ٥٨٧
- معارضة الحائز واندفع الى يجوز له التمسك
بها - نص قانونى ٥٨٩
- § ٥ - موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد ٥٩١
- وضع المسألة ٥٩١
- عطاء الحائز إذا دخل المزاد - نص قانونى ... ٥٩٣
- (ا) موقف الحائز إذا رسا عليه المزاد... .. ٥٩٤
- رسو المزاد على الحائز بما لا يزيد على الثمن
الذى دفعه فى العقار... .. ٥٩٤
- رسو المزاد على الحائز بما يزيد على الثمن الذى
دفعه فى العقار ٥٩٦
- تطهير العقار المرهون - نص قانونى ٥٩٦
- (ب) موقف الحائز إذا رسا على غيره المزاد ٥٩٨
- تلقى الرامى عليه المزاد حقه من الحائز - نص قانونى ٥٩٨
- نزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعى ٦٠٠
- الزيادة فى ثمن العتار - نص قانونى ٦٠٠
- الرهون التى قررها الحائز ٦٠١
- حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى -
نص قانونى ٦٠٢
- الحقوق العينية للحائز السابقة على حقوق الدائنين
المرتبهين ٦٠٣
- رد الثمار - نص قانونى ٦٠٤

صفحة

المصروفات	٦٠٧
التلف - نص قانوني	٦٠٧
حق رجوع الحائز - نص قانوني	٦٠٩
الحائز والكفيل	٦١٢
الرجوع فيما بين الحائزين	٦١٣

الفصل الثالث - انقضاء الرهن الرسمي

الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية	٦١٤
المبحث الأول - انقضاء الرهن بصفة تبعية	٦١٥
أسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية	٦١٥
متى يزول الدين	٦١٦
أسباب زوال الدين	٦١٦
انقضاء الدين	٦١٦
أسباب انقضاء الدين - نص قانوني	٦١٧
§ ١ - الوفاء	٦١٨
اتباع القواعد العامة في الوفاء والوقوف عند بعض المسائل	٦١٨
الوفاء مع الحلول يجعل الموفى محل محل الدائن في الرهن	٦١٩
الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين	٦٢٠
تعذر الوفاء لدائن وإيداع الدين	٦٢١
§ ٢ - الوفاء بمقابل	٦٢٢
القواعد العامة لوفاء بمقابل	٦٢٢
التكييف القانوني لوفاء بمقابل	٦٢٢
ضمان الاستحقاق في الوفاء بمقابل	٦٢٢

صفحة

٦٢٣	الوفاء بمقابل يقضى الدين الجديد
٦٢٤	§ ٣ - التجديد
٦٢٤	القواعد العامة للتجديد تسرى
٦٢٥	تقييد الالتزام في حساب جاري
٦٢٦	نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد
٦٢٧	§ ٤ - المقاصة
٦٢٧	القواعد العامة للمقاصة تسرى
٦٢٨	حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة
٦٢٩	§ ٥ - اتحاد الذمة
٦٢٩	القواعد العامة لاتحاد الذمة تسرى
٦٣٠	عودة الدين إلى الظهور
٦٢١	زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي
٦٣٢	§ ٦ - الإبراء من الدين
٦٣٢	القواعد العامة للإبراء تسرى
٦٣٢	الإبراء يقضى الدين
٦٣٣	ويقضى مع الدين تأميناته ويدخل فيها الرهن الرسمي
٦٣٣	إبراء الدائن للمدين من الدين ونزوله عن الرهن الرسمي
٦٣٣	§ ٧ - استحالة التنفيذ
٦٣٣	القواعد العامة لاستحالة التنفيذ تسرى
٦٣٤	انقضاء الالتزام وتوابعه باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي
٦٣٥	§ ٨ - التقادم المسقط
٦٣٥	القواعد العامة للتقادم المسقط تسرى
٦٣٥	التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة

الباب الثاني - حق الاختصاص

٦٦٠	تمهيد
٦٦٠	ما هو حق الاختصاص
٦٦٠	حق الاختصاص من الإجراءات التحفظية
٦٦١	تاريخ حق الاختصاص
٦٦٣	حق الاختصاص وحق الرهن القضائي
٦٦٣	مزايا حق الاختصاص وعيوبه
٦٦٤	الاختصاص لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ
٦٦٤	نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية
٦٦٧	تقسيم الموضوع

الفصل الأول - إنشاء حق الاختصاص

٦٦٧	الأحكام الموضوعية والإجراءات
٦٦٨	الفرع الأول - الأحكام الموضوعية
٦٦٨	المحكوم له أو الدائن حسن النية هو الذي يتقرر له حق الاختصاص
٦٧١	المبحث الأول - الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص
٦٧١	نصوص قانونية
٦٧٤	§ ١ - حكم قضائي
٦٧٤	لا يؤخذ حق الاختصاص بسند أو رسمي
٦٧٥	لا يؤخذ حق الاختصاص بناء على أمر ولائي من المحكمة ...
٦٧٥	يؤخذ حق الاختصاص بموجب حكم صادر من جهة قضائية
٦٧٦	§ ٢ - حكم صادر من محكمة أجنبية

صفحة

- يجوز أخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من محكمة
أجنبية ٦٧٦
- لا بد للحكم الأجنبي من الحصول على أمر بالتنفيذ ... ٦٧٧
- ٣ - قرارات المحكمين ٦٧٧
- يجوز أخذ حق اختصاص بناء على قرار صادر من محكمين ٦٧٧
- لا بد في قرار المحكمين أن يصبح القرار واجب التنفيذ ... ٦٧٨
- ٤ - حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم ... ٦٧٨
- الحكم الذي يثبت الصلح أو الاتفاق يجوز بموجبه أخذ
حق اختصاص ٦٧٨
- حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم ٦٧٨
- حكم يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم ٦٧٩
- ٥ - الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يؤخذ به حق
اختصاص ٦٨٠
- النص القانوني والمذكرة الإيضاحية ٦٨٠
- الحالة في عهد التقنين المدني القديم ٦٨١
- الحالة في عهد التقنين المدني الجديد ٦٨١
- ٦ - لا بد أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يؤخذ به
حق اختصاص ٦٨٢
- تاريخ المسألة ٦٨٢
- التقنين الحالي - يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ ... ٦٨٣
- تضارب آراء الفقهاء في هذا التجديد ٦٨٣
- ٧ - يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى ... ٦٨٥
- لا يؤخذ اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع ... ٦٨٥

- لا يؤخذ الاختصاص إلا بناء على حكم قطعى صادر فى
- موضوع الدعوى ٦٨٦
- ٨ - يجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشيء معين ... ٦٨٦
- أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها ... ٦٨٦
- الأحكام القطعية الملزمة للمدين بشيء معين يجوز أخذ
- اختصاص بموجبها ٦٨٧
- الحكم بالزام شخص بتقديم حساب ٦٨٧
- ٩ - لا اختصاص بعد وفاة المدين ٦٨٨
- النص على ذلك فى التقنين المدنى الجديد ٦٨٨
- قانون الشهر العقارى ٦٨٩
- التقنين المدنى الجديد ٦٩٠
- شهر الاختصاص المكسوب قبل وفاة المدين ٦٩٠
- ١٠ - حالة شهر إعمار المدين ٦٩١
- الدائنون الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة
- دعوى الإعمار ٦٩١
- أخذ اختصاص على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة
- دعوى الإعمار ٦٩١
- المبحث الثانى - الأموال التى يؤخذ عليها حق الاختصاص ... ٦٩٢
- نص قانونى ٦٩٢
- ١ - المال عقار معين تعييناً دقيقاً ٦٩٤
- يجب أن يكون المال عقاراً ٦٩٤
- اختلاف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائى ... ٦٩٤
- العقار معين تعييناً دقيقاً ٦٩٥

ص ١٠٣٦

- § ٢ - العقار مملوك للمدين وقت الحصول على الاختصاص
 وقت التبدد ٦٩٦
- النص بصرح بوجوب ملكية المدين للعقار وقت التقييد ... ٦٩٦
 ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين أيضاً وقت الحصول
 على الاختصاص ٦٩٧
- على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار ٧٠٠
- § ٣ - العقار جائز بيعه بالمراد العلني ٧٠٠
- ما لا يجوز بيعه بالمراد العلني ٧٠٠
 جواز أخذ اختصاص على خصة الأفدنة التي لا يجوز
 التنفيذ عليها ٧٠٢
- الفرع الثاني - الإجراءات ٧٠٣
- نصوص قانونية ٧٠٣
- المبحث الأول - الحصول على أمر اختصاص ٧٠٧
- عريضة طلب الاختصاص ٧٠٧
- التدوين في ذيل العريضة بالأمر بالاختصاص ٧٠٩
- الإجراءات التي تتبع في الأمر الصادر بالاختصاص ٧٠٩
 رفض رئيس المحكمة طلب الدائن وعدم صدور أمر
 بالاختصاص ٧١٠
- المبحث الثاني - تظلم المدين من أمر الاختصاص ٧١١
- جواز تظلم المدين من الأمر بالاختصاص ٧١١
- التظلم إلى الأمر ٧١١
- جواز استئناف قضاء الأمر ٧١٢
- التظلم إلى المحكمة الابتدائية ٧١٢

صفحة

جواز استئناف حكم المحكمة الابتدائية ٧١٢
 التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص ٧١٢

الفصل الثاني - آثار حق الاختصاص

نص قانوني ٧١٣
 دائن له حق الاختصاص ٧١٤
 الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة وكذلك حق الاختصاص ٧١٤
 آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وآثار الاختصاص ... ٧١٥
 إنشاء الرهن لحق الرهن ٧١٥
 ضمان الرهن لسلامة حقوق الرهن ٧١٥
 هلاك العتار أو تلفه ٧١٦
 عدم تجريد الرهن لا من ملكية العقار ولا من حيازته
 وكذلك المدين في حق الاختصاص ٧١٦
 المدين في حق الاختصاص ٧١٦
 حق الرهن في استغلال العقار وكذلك حق المدين في
 الاختصاص ٧١٧
 إيجار العقار ٧١٧
 قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ٧١٧
 بيع الثمار قبل جنبها ٧١٨
 بطلان شرطى تملك العتار عند عدم الوفاء وبيع العقار دون
 إجراءات ٧١٨
 آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير - وآثار حق الاختصاص
 بالنسبة إلى الغير ٧١٩

صفحة

٧١٩	شهر حق الاختصاص
٧١٩	إجراءات شهر حق الاختصاص
٧٢٠	شهر أمر إنقاص الاختصاص
٧٢٠	أثر شهر حق الاختصاص
٧٢١	القيود وتجديده ومحوه وإلغاء المحور
٧٢١	حق التقديم
٧٢١	حق التبع
٧٢٢	قضاء الدين
٧٢٢	تطهير العقار
٧٢٤	تخلية العقار
٧٢٥	تحمل إجراءات نزع الملكية
٧٢٦	نصوص حذفت

الفصل الثالث - إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

٧٢٨	الإنقاص والانقضاء
٧٢٩	المبحث الأول - إنقاص حق الاختصاص
٧٢٩	نص قانوني
٧٣١	الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص
٧٣١	الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص
٧٣٢	المدعى في الدعوى الأصلية بالإنقاص
٧٣٣	كيف يكون الإنقاص
٧٣٣	مصرفات الإنقاص
٧٣٤	الاتفاق مع الدائن على الإنقاص
٧٣٥	نصوص حذفت

صفحة

المبحث الثاني - انقضاء حق الاختصاص	٧٣٦
انقضاء حق الاختصاص كأنقضاء الرهن الرسمي	٧٣٦
الانقضاء يتم بالاتفاق	٧٣٦
الانقضاء يتم بطريق تبعية	٧٣٦
الانقضاء يتم بطريق أصلي	٧٣٧

الباب الثالث - الرهن الحيازي

تمهيد	٧٣٨
تعريف الرهن الحيازي	٧٣٨
خصائص عقد الرهن الحيازي	٧٤١
الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين	٧٤١
الرهن الحيازي عقد تابع	٧٤٢
الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة	٧٤٤
الرهن الحيازي والرهن الرسمي	٧٤٦
الرهن الحيازي في مصر	٧٤٧
نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية	٧٤٨
خطة البحث	٧٥٠

الفصل الأول - إنشاء الرهن الحيازي

عقد الرهن الحيازي عقد رضائي	٧٥١
المبحث الأول - المتعاقدان	٧٥١
الراهن قد يكون المدين أو كفيلًا عينيًا	٧٥١
نطاق القواعد العامة بالنسبة إلى الدائن المرتهن	٧٥٢

سنة

- ٧٥٢ الراهن يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية ..
- الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلاً للتصرف
- ٧٥٣ فيه
- ٧٥٣ وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون
- ٧٥٥ رهن ملك الغير رهن حيازة ..
- ٧٥٧ رهن المال المستقبل رهن حيازة ..
- ٧٥٨ رهن المالك الظاهر رهن حيازة ..
- ٧٦٠ أهلية الراهن حيازة للتصرف في المال المرهون
- ٧٦١ المبحث الثاني - المال المرهون
- ٧٦١ المال المرهون رهن حيازة قد يكون عتقاراً أو منقولاً أو ديناً
- محل رهن الحيازة يمكن بيعه استقلالاً بالمراد العلني - نص
- ٧٦٢ قانوني
- ٧٦٥ قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي
- ٧٦٦ رهن المال الشائع رهن حيازة
- ٧٦٨ زوال ملكية الراهن بأثر رجعي
- ٧٧٠ ملحقات الشيء المرهون وثماره
- ٧٧٣ المبحث الثالث - الدين المضمون
- ٧٧٣ نص قانوني
- قاعدة التخصيص لا تنطبق أيضاً على لمدين المضمون في رهن
- ٧٧٤ الحيازة ..
- ٧٧٥ تحديد الدين المضمون
- كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين
- ٧٧٧ مضمون بكل المرهون رهن حيازة

صفحة

٧٧٩	عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون
٧٨٢	الرهن التجارى

الفصل الثانى - آثار الرهن

٧٨٢	فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير
٧٨٣	ع الأول - آثار الرهن الحيازى فيما بين المتعاقدين
٧٨٣	الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين
٧٨٣	المبحث الأول - التزامات الراهن حيازة
٧٨٣	التزامات أربعة
٧٨٤	المطلب الأول - إيجاد حق رهن الحيازة
٧٨٤	نص قانونى
٧٨٤	رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل
					إيجار رهن الحيازة إذا كان الراهن مالكا للشيء
٧٨٤	المرهون
					المطلب الثانى - تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى
٧٨٥	الدائن المرتهن
٧٨٥	نص قانونى
٧٨٧	نقل الحيازة فى التقنين المدنى السابق
٧٨٨	نقل الحيازة فى التقنين المدنى الجديد
٧٨٨	الغرض من انتقال الحيازة
٧٨٩	لمن تنتقل الحيازة - الحيازة بوساطة أجنبى أو عدل
٧٩١	عودة الشيء المرهون إلى راهنه

صفحة

المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن في الإدارة	٨٢٧
الخزاء على سوء الإدارة	٨٢٨
المطلب الرابع - رد الشيء المرهون	٨٢٩
نص قانوني	٨٢٩
متى يرد الدائن الشيء المرهون - حق الحبس في	
مواجهة الدائن	٨٣١
الالتزام بالرد قبل وفاء الدين	٨٣٣
هلاك الشيء المرهون أو تلفه	٨٣٣
تفقات رد الشيء المرهون	٨٣٤
تنفيذ الدائن المرتهن بحقه	٨٣٤
الراهن كفيل عيني	٨٣٥
المطلب الخامس - بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء	
وشروط البيع دون إجراءات	٨٣٧
نص قانوني	٨٣٧
بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء	٨٣٩
متى يصح هذا الاتفاق	٨٤٠
بطلان شرط بيع المال المرهون دون إجراءات	٨٤٠
متى يصح هذا الاتفاق	٨٤١
الفرع الثاني - آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير	٨٤١
القصود بالغير هنا	٨٤١
قيدهن الحيازة	٨٤١
ما يضمنه الرهن الحيازي - نص قانوني	٨٤٢
نفاذ الرهن في حق الغير - وجوب تسليم المرهون للدائن - نص	
قانوني	٨٤٤

منحة

المبحث الأول - حق التقدم وحق التبع ... ٨٤٧

المطلب الأول - حق التقدم ... ٨٤٧

نص محذوف ... ٨٤٧

الحلول العينية ٨٤٨

التزاحم ما بين الدائنين المرتهنيين ... ٨٤٩

مرتبة الدائن المرتهن حيازة ... ٨٤٩

المطلب الثاني - حق التبع ٨٥٠

متى يستعمل حق التبع ... ٨٥٠

تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أن الحيازة في يده ... ٨٥٠

المالك الجديد لا يظهر العقار ولا يخليه ... ٨٥١

قد يظهر العقار من الرهن الحيازي تعاضاً لتطهيره من

الرهن الرسمي ٨٥٢

المبحث الثاني - حق الحبس ... ٨٥٢

نص قانوني ... ٨٥٢

من له حق الحبس ... ٨٥٥

المال الذي يحبس ٨٥٦

الحبس والتفويض ٨٥٦

ضد من يكون حق الحبس - نراهن ... ٨٥٧

الغبر ... ٨٥٧

التطهير لا يشمل الرهن الحيازي في القانون المدني ... ٨٥٨

التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون المرافعات الجديد ٨٥٩

متى ينعدم التعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات ٨٦٠

صفحة

الحبس للدين المضمون بالرهن	٨٦٠
الرهن الضمني	٨٦١
استرداد الشيء المرهون	٨٦٢
حق الحبس والحق في الحبس	٨٦٢

الفصل الثالث - انقضاء الرهن الحيازي

الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية	٨٦٣
المبحث الأول - انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية	٨٦٣
انقضاء الدين وزواله	٨٦٣
أسباب زوال الدين	٨٦٤
أسباب انقضاء الدين	٨٦٤
تعداد لأسباب انقضاء الدين	٨٦٤
عودة الرهن الحيازي بزوال السبب الذي انتفى به الدين	
- نص قانوني	٨٦٦
المبحث الثاني - انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية	٨٦٨
أسباب الانقضاء	٨٦٨
أسباب ثلاثة - نص قانوني	٨٦٨
§ ١ - نزول الدائن المرتهن عن الرهن الحيازي	٨٧١
نص قانوني	٨٧١
الأهلية اللازمة لنزول الدائن المرتهن عن رهن الحيازة	٨٧٢
النزول الصريح والنزول الضمني	٨٧٢
استفادة النزول الضمني	٨٧٢

صفحة

- نفاذ الرهن العقاري في حق الغير - نص قانوني ... ٨٨٣
جواز إيجار الدائن المرتهن للعقار المرهون إلى الراهن -
- نص قانوني. ... ٨٨٥
حفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار
- من ضرائب ونكاييف - نص قانوني ... ٨٨٧
- المبحث الثاني - رهن المنقول ... ٨٨٩
المواد الخاصة برهن المنقول ... ٨٨٩
- نفاذ رهن المنقول في حق الغير - نص قانوني ... ٨٩٠
سريان الآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية
- والسندات لحاملها على رهن المنقول - نص قانوني ... ٨٩٢
طلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في بيع المنقول المهدد
- بالهلاك أو التلف وانتقال الرهن من المنقول إلى ثمنه -
- نص قانوني ٨٩٥
طلب الراهن الترخيص له في بيع المنقول كصفقة رابحة
- قبل حلول أجل الدين - نص قانوني ٨٩٧
طلب الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين الترخيص له
- في بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير
- الخبراء - نص قانوني ... ٨٩٩
وجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجاري
- وبيوت التسليف وأحوال خاصة في رهن المنقول - نص
- قانوني ٩٠١
- المبحث الثالث - رهن الدين ... ٩٠١
المواد الخاصة برهن الدين .. ٩٠٤

صفحة

نفاذ رهن الدين في حق المدين وفي حق الغير - نص .	
قانوني .	٩٠٤
رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية - نص قانوني ...	٩٠٦
عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز -	
نص قانوني .	٩٠٨
حقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين - نص قانوني ...	٩٠٩
دفع المدين في الدين المرهون - نص قانوني ...	٩١٢
حلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ...	٩١٣
حلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن ...	٩١٥

الباب الرابع - حقوق الامتياز

تمهيد ...	٩١٨
تعريف حق الامتياز - نص قانوني ...	٩١٨
اختلاف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية ...	٩٢٦
اقتراب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية ...	٩٢٢
أقسام حق الامتياز - نص قانوني .	٩٢٤
أحكام أقسام حق الامتياز - نص قانوني ...	٩٢٨
حق الامتياز وحيازة المنقول بحسن نية - نص قانوني ..	٩٣١
مرتبة الامتياز - نص قانوني .	٩٣٣
هلاك الشيء المثقل بالامتياز أو تلفه - نص قانوني ...	٩٣٥
انقضاء حق الامتياز - نص قانوني ...	٩٣٧
نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية على حقوق الامتياز ...	٩٣٨
خطة البحث .	٩٤٠

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول - في نظرية الالتزام بوجه عام (يشتمل على
الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني - في العقود المسماة
(ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس
والسادس والسابع من الوسيط)

الجزء الثالث - في الحقوق العينية والتأمينات
(ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع
والعاشر من الوسيط)

